Die Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden bei Vertragshaftung

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der

Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Erwin Fröchte

Assessor aus Essen

1938

Druckerei u. Verlag wissenschaftlicher Werke Konrad Triltsch Würzburg

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 13. April 1938.

Berichterstatter: Professor Dr. F e l g e n t r a e g e r.
Mitberichterstatter: Professor Dr. B o e h m e r.

Tag der mündlichen Prüfung: 13. April 1938.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meinem Schwiegervater
Dr. med. Andreas Ries in Flensburg
in Treue zugeeignet

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555610_0039

Inhaltsverzeichnis.

Seite

I. Einleitung 1

II. Wesen und Erklärung des Nichtvermögensschadens 5

1. Der Nichtvermögensschaden als Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens 5

2. Die Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens durch Geldentschädigung 12

3. Die Bemessung der Geldentschädigung 14

4. Die Geldentschädigung als Ausnahme 17

5. Die Geldentschädigung bei Unrechtshaftung 18

6. Die Geldentschädigung bei Vertragshaftung 19

III. Überblick über die Fälle nur vertraglicher Haftung . . . 23

1. Der Fall der Gehilfenhaftung 23

2. Das Zusammentreffen von Vertrags- und Unrechtshaftung . 24

3. Das Nebeneinanderbestehen von Vertrags- u. Unrechtshaftung 26

4. Der Ausschluß der Unrechtshaftung 27

IV. Die Gewährung von Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden bei Vertragshaftung durch Anlehnung an die Unrechtshaftung 35

1. Die herrschende Lehre 35

2. Die Gründe der herrschenden Lehre und ihre Widerlegung 36

3. Die Begründung der Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden bei Vertragshaftung 52

4. Wesen und Inhalt des vertraglichen Anspruchs auf Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden 56

Einleitung.

Schon während der Entstehungszeit des bürgerlichen Gesetzbuchs wurden Stimmen laut, welche die Erweiterung der Haftung für Nichtvermögensschaden über die im bisherigen Recht anerkannten Fälle hinaus forderten[1]). Das BGB hat sich jedoch bei Wiedergutmachung nichtvermögensrechtlicher Schädigungen im wesentlichen auf die bereits im gemeinen Recht anerkannten Fälle beschränkt. Wenn nach § 249 BGB auch grundsätzlich die Wiedergutmachung aller Nichtvermögensschäden durch Herstellung verlangt werden kann, so bedeutet das keine spürbare Erweiterung der Haftung für Nichtvermögensschäden. Denn die Wiederherstellung des früheren Zustandes ist bei Schädigungen, die nicht unmittelbar Sach- oder Vermögenswerte betreffen, fast immer unmöglich. Der Übergang zum Geldersatzanspruch ist aber durch § 253 BGB ausgeschlossen. Der Anspruch muß also ganz entfallen. Das könnte hingenommen werden, wenn es sich um unbedeutende Schädigungen handelt, z. B. um den Ärger des einen Vertragsteiles über ein vertragswidriges Verhalten des anderen. Unbefriedigend erscheint aber die Versagung von Geldentschädigung, wenn sich z. B. nach einer Körperverletzung erhebliche körperliche oder seelische Schmerzen eingestellt haben. Haftet der Schädiger aus unerlaubter Handlung für seine Tat, dann kann der Verletzte aus § 847 BGB auch für den Nichtvermögensschaden, also insbesondere die erlittenen Schmerzen eine Geldentschädigung verlangen. Wenn aber nur eine Haftung aus Vertrag besteht, muß nach herrschender Anschauung die Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens regelmäßig entfallen.

Der Standpunkt des BGB ist von seinem Inkrafttreten an bis heute in zunehmendem Maße als zu eng empfunden worden. Gerade in letzter Zeit wird im Zuge der Erneuerung des Schuldrechts wieder eine Erweiterung der Haftung für Nichtvermögensschaden ge-

[1]) Ihering in Iher.J. Bd. 23, S. 155 ff, Kampf ums Recht S. 108 ff; Seng: Bürg.A. 5, 336 ff, Unger, Grünhut 8, Nr. 4.

fordert[2]). Dabei ist in der Hauptsache an eine weitergehende Haftung als für die in den §§ 847, 1300 BGB anerkannten Fälle der Körper- und Gesundheitsschädigungen, Freiheitsberaubungen und Verletzungen der Geschlechtsehre gedacht, z. B. auch an eine Wiedergutmachung von Ehrverletzungen durch Geldentschädigung. Soweit es sich hierbei um im BGB nicht genannte Fälle handelt, muß die Ablehnung oder Verwirklichung dieser Forderungen der künftigen Gesetzgebung vorbehalten bleiben. Anders verhält es sich jedoch mit der Gewährung einer Geldentschädigung bei den im Gebiet der unerlaubten Handlungen bereits anerkannten Fällen nicht das Vermögen betreffender Schädigungen im Vertragsrecht. Die Versagung eines Schmerzensgeldes bei Körper- oder Gesundheitsverletzungen, für welche der Schädiger nur vertraglich haftet, ist nicht ohne Grund als unverständlich und dem Sinn unseres Gesetzbuchs nicht entsprechend bezeichnet worden[3]). Die Aufrechterhaltung dieser innerlich nicht begründeten Verschiedenheit zwischen Vertrags- und Unrechtshaftung erscheint schon für das geltende Recht in Frage gestellt. Es soll deshalb im folgenden untersucht werden, ob auf dem Boden des geltenden Rechts die Möglichkeit einer entsprechenden Anwendung des § 847 BGB auf das Vertragsrecht gegeben ist.

Zwar hat die deutsche Rechtsprechung und Rechtslehre eine entsprechende Anwendung des § 847 BGB im Vertragsrecht bisher abgelehnt, weil der § 847 BGB seiner Stellung im Gesetzbuch nach nur für die unerlaubten Handlungen gelten könne. Dagegen ist in verschiedenen ausländischen Rechten die Wiedergutmachung von Nichtvermögensschäden auch bei Vertragsbrüchen zugelassen worden. Im schweizerischen Recht ist vom Gesetzgeber in Art. 47, 49 OR ebenso wie im BGB die Wiedergutmachung der nicht das Vermögen betreffenden Schäden durch Geld nur in dem Abschnitt über die „unerlaubten Handlungen" (Art. 41—61 OR) angeordnet worden. Danach begründet jede unerlaubte Verletzung in den persönlichen Verhältnissen, also insbesondere auch eine Körperverletzung, Freiheitsberaubung usw., die Verpflichtung, dem Geschädigten eine Geldsumme als „Genugtuung" zu zahlen. In dieser Bestimmung des Art. 49 OR wird nun, wie in der schweizerischen Rechtslehre und Rechtssprechung allgemein anerkannt ist, ein allgemeiner über das

[2]) Lange S. 20; Heck S 57; Schneider, Deutsches Recht 6. Jg. S. 422; Stoll § 50 VIII 5; Schulz-Schäffer S. 201; Reinhardt S. 20; Müllereisert, Ehre S. 37 ff; ders., „Grundbegriffe" S. 178.

[3]) Baur S. 21; RG 65, 21.

Gebiet der unerlaubten Handlungen hinausgehender Grundsatz erblickt, der auch die nur vertraglichen Verletzungen in den persönlichen Verhältnissen umfaßt[4]). Diese Auffassung des schweizerischen Rechts wird von Baur ausdrücklich als eine auch dem deutschen Rechtsempfinden entsprechende Lösung bezeichnet[5]).

Ebenso eindeutig und klar wie im schweizerischen Recht ist die Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden, der auf einen Vertragsbruch zurückgeht, im englischen Recht anerkannt. Nach dem Restatement of the law of contracts 1932 s. 341 ist Geldentschädigung für „mental suffering" bei Vertragsbruch immer dann zu leisten, wenn eine körperliche Verletzung eingetreten ist, leichtfertiges oder rücksichtsloses Verhalten vorliegt oder wenn der Schuldner bei Abschluß des Vertrages wissen mußte, daß ein Vertragsbruch zu seelischen Leiden führen würde[6]). In Frankreich hat sich die überwiegende Meinung im Schrifttum schon seit langem dafür ausgesprochen, auch bei Vertragsverletzungen die Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens (dommage moral) in Geld zuzulassen. Ferner finden sich auch Entscheidungen, in denen einwandfrei bei Vertragsverletzungen Ersatz für dommage moral gewährt wird[7]).

Die Gewährung von Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden, die auf einen Vertragsbruch zurückgehen, in den Rechtsordnungen der uns nahe verwandten Völker der Schweiz, Englands und Frankreichs zeigt, daß in der Tat ein anerkennenswertes Bedürfnis für die Wiedergutmachung von Nichtvermögensschäden auch bei Vertragshaftung besteht. Auch für das deutsche Recht würde die Anerkennung der Geldentschädigung keine dem deutschen Rechtsempfinden widersprechende Ausdehnung der Wiedergutmachung von Nichtvermögensschäden sein, sondern eine Wiederanknüpfung an alt-überlieferte Rechtseinrichtungen. Im alt-germanischen Recht, das den Unterschied zwischen Strafe und Schadensersatz im heutigen Sinne noch nicht kannte, war bei Verletzung der Persönlichkeit eines Freien in allen Fällen dem Verletzten eine Buße zu zahlen, die immer auch den Nichtvermögensschaden umfaßte. Schon Gierke forderte daher in seiner Kritik am ersten Entwurf des BGB eine weitgehende Berücksichtigung des Nicht-

---

[4]) Oser Art. 49 N. 3; Vorbem. zu Art. 41—61 N. 17; v. Tuhr Schw.OR S. 106 N. 2.

[5]) Baur S. 27.

[6]) Bünger S. 120; vgl. Ebbecke S. 26 ff.

[7]) Bünger S. 118; vgl. H. A. Fischer, Schaden, S. 282.

vermögensschadens mit der Begründung, daß infolge der Verdrängung der Bußen und Privatstrafen des altdeutschen Rechts eine empfindliche Lücke in der Wiedergutmachung von besonders wichtigen Rechtsverletzungen eingetreten sei [8]).

Bei der Untersuchung der Frage, ob Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden bei Vertragsbrüchen auch schon für das geltende Recht gewährt werden könne, erschien außer der näheren Betrachtung des Nichtvermögensschadens die Feststellung von Wichtigkeit, ob den Fällen bloßer Vertragshaftung für Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Verletzung der Geschlechtsehre überhaupt eine erhebliche Lebensbedeutung beizumessen ist. Denn ohne eine solche Kenntnis des Umfangs und der Bedeutung der in Betracht kommenden Fälle läßt sich nicht beurteilen, ob die entsprechende Anwendung des § 847 BGB im Gebiet des Vertragsrechts überhaupt notwendig ist. Die Beantwortung dieser Frage hängt im wesentlichen davon ab, inwieweit bei einem Zusammentreffen von Vertrags- und Unrechtshaftung die eine Haftungsart die andere beeinflußt. Erst nachdem hierüber Klarheit gewonnen war, konnte die Möglichkeit der Gewährung von Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden, insbesondere des sog. Schmerzensgeldes im Vertragsrecht untersucht werden.

[8]) Gierke S. 1 ff; ähnlich auch v. Ihering: Kampf ums Recht, S. 100 (für das gemeine Recht).

Wesen und Erklärung des Nichtvermögensschadens.

1. In § 253 BGB ist bestimmt, daß für einen Schaden, der nicht Vermögensschaden ist, eine Geldentschädigung nur in den vom Gesetz bestimmten Fällen verlangt werden kann. Im BGB sind nur zweimal solche Fälle erwähnt, nämlich in den §§ 847 und 1300.

Der § 847 BGB bestimmt:

> Im Falle der Verletzung des Körpers oder der Gesundheit sowie im Falle der Freiheitsentziehung kann der Verletzte auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen. Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist.
>
> Ein gleicher Anspruch steht einer Frauensperson zu, gegen die ein Verbrechen oder Vergehen wider die Sittlichkeit begangen oder die durch Hinterlist, durch Drohung oder unter Mißbrauch eines Abhängigkeitsverhältnisses zur Gestattung der außerehelichen Beiwohnung bestimmt wird.

Der § 1300 BGB bestimmt:

> Hat eine unbescholtene Verlobte ihrem Verlobten die Beiwohnung gestattet, so kann sie, wenn die Voraussetzungen des § 1298 oder des § 1299 vorliegen, auch wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden ist, eine billige Entschädigung in Geld verlangen.
>
> Der Anspruch ist nicht übertragbar und geht nicht auf die Erben über, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder daß er rechtshängig geworden ist.

Es sind demnach drei Gruppen von Fällen, in denen Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden gewährt wird: Körper- und Gesundheitsschädigungen, Freiheitsentziehung und Verletzung der Geschlechtsehre. Der sog. Deflorationsanspruch des § 1300 beruht gleichfalls auf einer Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre, da er nur der unbescholtenen Braut, d. h. einer in ihrer Geschlechtsehre Unverletzten, zusteht.

Was in den genannten Fällen unter Nichtvermögensschaden zu verstehen ist, hat das BGB nicht gesagt. Man wird darunter im Allgemeinen alle der sehr verschiedenartigen als schädlich empfundenen Einwirkungen verstehen müssen, von denen nur das

eine feststeht, daß sie nicht das Vermögen betreffen[9]). Da jedoch nur solche Nichtvermögensschäden berücksichtigt werden, die als Folgen von Körperverletzungen, Freiheitsberaubungen oder Verletzungen der Geschlechtsehre auftreten, ist damit doch ein Anhaltspunkt für die Art der möglicherweise entstehenden Nichtvermögensschäden gegeben. Danach kommen in den Fällen des § 847 BGB als schädliche Einwirkungen, welche nicht das Vermögen betreffen, hauptsächlich körperliche und seelische Schmerzen in Betracht. Dies wird durch den Sprachgebrauch bestätigt. So ist für die Geldentschädigung, die im Falle einer Körperverletzung zu zahlen ist, die Bezeichnung als Schmerzensgeld allgemein gebräuchlich. Damit ist zutreffend zum Ausdruck gebracht, daß es vorwiegend Schmerzen sind, die außer einer Verminderung des Vermögens als schädliche Folgen auftreten. Auch für die Mehrzahl der von § 847 Abs. 2 umfaßten Fälle der Verletzungen der Geschlechtsehre erscheint die Bezeichnung als Schmerzensgeld zutreffend. Gleiches gilt auch für den Fall des § 1300 BGB. Das sog. Kranzgeld der unbescholtenen Verlobten dient regelmäßig zur Wiedergutmachung des seelischen Schmerzes über den Verlöbnisbruch und die zugefügte Kränkung sowie gegebenenfalls zur Entschädigung für die verminderte Heiratsaussicht[10]). Die Geldentschädigung, die nach dem Preußischen allgemeinen Landrecht I 6 § 132 im Falle einer Freiheitsentziehung an den Verletzten zu zahlen war, wurde als Sachsenbuße bezeichnet. Sie ist aus einer unrichtigen Auslegung des Sachsenspiegels hervorgegangen[11]). Später hatte sie auch Aufnahme in das Sächsische bürgerliche Gesetzbuch, § 1497, gefunden. Sie bezweckte eine Wiedergutmachung des Unbehagens, welches eine widerrechtliche Freiheitsentziehung verursachte. Unbehagen ist aber nichts anderes als eine Unterart körperlichen oder seelischen Schmerzes.

Die Beibehaltung der Bezeichnung als Schmerzensgeld für die regelmäßig in den Fällen der §§ 847 und 1300 auftretenden Nichtvermögensschäden erscheint gerechtfertigt, weil es sich in der Mehrzahl der Fälle um Beeinträchtigungen des körperlichen und seelischen Wohlbefindens handelt. Das folgt schon aus der Abhängigkeit der zu ersetzenden Schädigungen von einer Körper- oder Gesundheitsverletzung, Freiheitsberaubung oder Verletzung der Geschlechtsehre, die regelmäßig gerade Schmerzen zur Folge

[9]) Möller S. 51; Ebbecke S. 5.
[10]) RGK Bem. 4 zu § 1300 BGB.
[11]) H. A. Fischer S. 280.

haben. Selbst wenn als Folgen dieser Verletzungen Schädigungen an anderen Gütern, z. B. der Ehre oder der Arbeitskraft eintreten, welche vom gewöhnlichen Sprachgebrauch nicht als Schmerzen bezeichnet werden, so handelt es sich hier auch immer um Beeinträchtigungen wenigstens des seelischen Wohlbefindens. Von der Stärke dieser Einwirkungen hängt es ab, ob sie als seelische Schmerzen empfunden werden. Wir finden eine Bestätigung dieser Auffassung in dem Urteil des Reichsgerichts vom 4. 1. 1932, in dem ausgeführt wird, daß der § 847 nicht nur auf Schmerzen im engeren Sinne abzustellen sei, sondern auf die gesamten Folgen, die der Unfall für Körper oder Seele des Verletzten nach sich ziehe[12]).

In einem noch weiteren Sinne als das vorerwähnte Urteil des Reichsgerichts hat v. Jhering jede Rechtsverletzung als die mögliche Ursache eines Schmerzes bezeichnet: „Der Schmerz, den der Mensch bei Verletzung seines Rechts empfindet, enthält das gewaltsam erpreßte triebhafte Selbstgeständnis über das, was Recht in ihm ist, zunächst was es ihm, dem einzelnen, sodann aber auch, was es der menschlichen Gesellschaft ist... Die Gewalt, mit der das Rechtsgefühl auf eine ihm widerfahrene Verletzung antwortet, ist der Prüfstein seiner Gesundheit. Der Grad des Schmerzes, den es empfindet, verkündet ihm, welchen Wert es auf das bedrohte Rechtsgut legt.“[13])

Eine ähnliche Deutung, allerdings beschränkt auf die Verletzung von Persönlichkeitsrechten finden wir bei Schulz-Schäffer, der den Grundgehalt der Persönlichkeitsbedürfnisse eines Menschen (nach Ehre, Zurechnung der eigenen Leistung, Schutz des Geheimbereichs) dahin erklärt, daß ihm die anderen Rechtsgenossen in seinem Selbstgefühl als geistig-sittlichem Wesen nicht Schmerz zufügen[14]).

Diese Ansichten zeigen uns, welch nahe Beziehungen zwischen Rechtsverletzungen und Nichtvermögensschäden, insbesondere dem Schmerz, bestehen. Es läßt sich daher wohl rechtfertigen, die in den Fällen der §§ 847 und 1300 vorkommenden Kränkungen des Rechtsgefühls als Schmerzen im weiteren Sinne aufzufassen.

Allerdings bedingt nicht jede der nicht das Vermögen betreffenden Schädigungen in den Fällen der §§ 847 und 1300 Schmer-

[12]) RG Seuff. A. Bd. 86, 206. — Das RG hat in dem Urteil vom 4. 1. 1932 der Klägerin, die durch einen Autounfall verletzt worden war, für die ausgestandenen Schmerzen und eine langjährige Beeinträchtigung der Bewegungsfreiheit infolge Lähmung ein Schmerzensgeld von zehntausend Reichsmark zugebilligt.

[13]) Kampf ums Recht S. 61, 62.

[14]) Schulz-Schäffer S. 106.

zen im weiteren Sinne; so kann namentlich ein Kränkung der weiblichen Geschlechtsehre ein Nichtvermögensschaden sein, ohne daß diese Kränkung auch nur als seelischer Schmerz empfunden wird. Dies trifft insbesondere in den Fällen des § 847 Abs. 2 zu, wenn es sich um Sittlichkeitsvergehen gegen jugendliche Frauenspersonen handelt, die sich der Tragweite des Geschehenen nicht immer bewußt sind [15]). Jedoch werden diese Fälle selten sein. Wegen der überragenden Bedeutung, welche dem Schmerzensgeld als dem wichtigsten und häufigsten Fall einer Wiedergutmachung von Nichtvermögensschäden zukommt, soll an dem Beispiel des Schmerzes das Wesen des Nichtvermögensschadens erläutert werden.

Jeder Schmerz, sowohl der körperliche wie der seelische ist eine Gefühlsempfindung, die beim körperlichen Schmerz durch überstarke Reize oder krankhafte körperliche Vorgänge bewirkt wird und mit starken Unlustgefühlen verbunden ist. Der Seelenschmerz ist ein Unlustgefühl, das in traurigen, erschreckenden oder anderen das Seelische beeinträchtigenden Erlebnissen seinen Grund hat [16]). Körper- und Seelenschmerz ist also gemeinsam, daß sie in Unlustgefühlen bestehen, die sich lediglich in ihrer Entstehungsweise unterscheiden. Der Körperschmerz entsteht durch äußeren Reiz oder durch einen körperlichen Vorgang unmittelbar durch eine Sinnesempfindung. Beim Seelenschmerz entsteht die Schmerzempfindung durch Vermittlung anderer, an sich nicht schmerzhafter Sinnesempfindungen, insbesondere des Gesichts oder des Gehörs in der Vorstellung. Aber auch aus bloßen Erinnerungen können seelische Schmerzen entstehen [17]).

Entsprechendes gilt auch für andere Beeinträchtigungen der Persönlichkeit; so kann z. B. die Arbeitsfreude unmittelbar durch körperliche Behinderung des Verletzten wie auch durch bloße Erinnerungen schädlich beeinflußt werden.

Das Streben nach Veredelung der geistigen und menschlichen Umwelt (Kultur) verlangt die Bekämpfung des Schmerzes sowie anderer Beeinträchtigungen der Persönlichkeit in ihren Ursachen und Bedingungen. Dem Recht fällt hierbei die Aufgabe zu, einen Ausgleich für die rechtswidrig zugefügten Schäden dieser Art zu schaffen. Es gebietet daher die Wiedergutmachung dieser Schädigungen. Unser Gesetzbuch hat dementsprechend in den §§ 847 und 1300 zum Ausdruck gebracht, daß nur eine Wiedergutmachung

[15]) RG in JW 1937, S. 3087.
[16]) Sauerbruch-Wenke S. 66.
[17]) Vgl. OLG 14, 55.

solcher Schmerzen und anderer nicht das Vermögen betreffende Beeinträchtigungen verlangt werden kann, die einen wirklichen Schaden herbeigeführt haben. Denn das Gesetz sagt, es könne wegen des Schadens, der nicht Vermögensschaden sei, eine billige Entschädigung in Geld verlangt werden. Dieser Schaden braucht nicht an dem unmittelbar verletzten Rechtsgut hervorgetreten zu sein, also am Körper, an der Gesundheit, Freiheit oder der Geschlechtsehre [18]). Es genügt, wenn der Nichtvermögensschaden infolge eines der genannten zum Schadensersatz verpflichtenden Umstände eingetreten ist [19]).

Die das Vermögen nicht berührenden Schädigungen bestehen in der Beeinträchtigung solcher menschlichen Güter und geistigen Werte, die sich nicht in Geld, dem Maßstab des Vermögens messen und feststellen lassen. Dennoch besitzen diese Güter oft einen größeren Wert als die geldwerten Güter, so z. B. die geistige Gesundheit. Die Verletzungen dieser nichtvermögensrechtlichen Güter lassen sich alle in dem Begriff der Beeinträchtigung des körperlichen und seelischen Wohlbefindens zusammenfassen. Das Freisein von körperlichem Schmerz und die ungestörte Seelenruhe (Epikur) ist das Ziel eines harmonischen Lebens (wenn auch nicht das höchste Ziel des menschlichen Daseins überhaupt). „Liegt doch allen unseren Handlungen die Absicht zu Grunde, weder Schmerz zu empfinden noch außer Fassung zu geraten. Haben wir es aber einmal dahin gebracht, dann glätten sich die Wogen; es legt sich jeder Seelensturm; denn der Mensch braucht sich dann nicht mehr umzusehen nach etwas, was ihm noch mangelt, braucht nicht mehr zu suchen nach etwas anderem, das dem Wohlbefinden seiner Seele und seines Körpers zur Vollendung verhilft.“ (Epikur, Brief an Menoikeus) [20]). Dieser Einklang des menschlichen Lebens mit der Persönlichkeit des Trägers und der Außenwelt wird durch Schmerzen, Furcht und Angst und andere Körper und Seele schädlich beeindruckende Vorgänge gestört. Eine solche Störung des harmonischen Lebens kann auch in einer nur in den Augen der Mitwelt bestehenden Herabsetzung der Persönlichkeit des Verletzten, also z. B. in einer Ehrenminderung bestehen, ohne daß dies von dem Betroffenen als Kränkung empfunden wird. Beide Arten von Beeinträchtigungen kann man jedoch gleichermaßen als Schäden bezeichnen. Allerdings zeigt sich die schädliche Wirkung von Körper-

[18]) so v. Liszt S. 65.
[19]) so richtig H. A. Fischer S. 297.
[20]) Abgedr. bei Feldmann, Schule der Philosophie S. 49.

oder Seelenschmerzen regelmäßig deutlicher als von anderen Beeinträchtigungen, die nicht unmittelbar die Empfindungswelt des Betroffenen berühren, wie z. B. Ehrenkränkungen bei jugendlichen Personen, welche die ihnen gegenüber kundgegebene Mißachtung gar nicht verstanden haben. Starke Schmerzen, die ja als Folge der in § 847 genannten Körperverletzungen und als seelische Schmerzen in den Fällen der §§ 847 Abs. 2 und 1300 häufig sind, bedeuten immer schwere Störungen im Ablauf der körperlichen und seelischen Lebensvorgänge. Insbesondere bei den körperlichen Schmerzen läßt sich dies unschwer feststellen, da sie in deutlich wahrnehmbaren Reizen bestehen, die den Körper an einer bestimmten Stelle oder im ganzen befallen. Auch Schmerzen, die nur an inneren Organen auftreten, unterrichten ebenso wie äußere schmerzliche Verletzungen das Ich über schädliche Vorgänge. Darüber herrscht in der ärztlichen Wissenschaft Einigkeit[21]). Von dieser Wirkung der Schmerzempfindung hat Sauerbruch ein anschauliches Bild entworfen: „Empfindliche Menschen zeigen selbst bei leichten Schmerzen oft schon eine Steigerung oder Herabsetzung der Durchblutung im befallenen Bezirk. Heftige Schmerzen beeinflussen die Herzarbeit und den Vorgang der Atmung. Ihr beschleunigter und stoßweiser Ablauf im Schmerz ist Arzt und Laien bekannt. Ausbrüche von Tränen und Schweiß und die krampfhafte Verzerrung des Gesichts verraten eine Erschütterung des ganzen Nervensystems, die der vegetativen Erregung folgt. Nicht selten klingt ein solcher Zustand in Ohnmacht und Collaps aus.“[22])

Es ist eine der wichtigsten Aufgaben der Heilkunst, hochgradige körperliche Schmerzen durch geeignete Mittel herabzusetzen, da sich sonst durch die dauernde Angst vor neuen Anfällen ein Zustand gesteigerter Empfindlichkeit entwickeln kann. Die Gereiztheit und Unfähigkeit, weiteres Leid zu ertragen, können dann bedrohlicher als die Krankheit selbst sein und zuweilen bis zum Selbstmord führen[23]).

Daß das Erdulden eines körperlichen Schmerzes vom ärztlichen Standpunkt aus gesehen ein Schaden ist, wenn während seiner Einwirkung der Verletzte leidet und nicht im vollen Genuß seines Daseins steht, leuchtet demnach wohl ein. Eine ähnliche Erklärung des Nichtvermögensschaden als Beeinträchtigung des Lebensgefühls hat vor kurzem Peterssen vom juristischen Standpunkt

[21]) Vgl. Sauerbruch S. 21 und das dort angeführte Fachschrifttum.
[22]) Sauerbruch S. 29.
[23]) Sauerbruch S. 15.

aus gegeben. Er führt aus, daß der Mensch zum Leben Nahrungsmittel, eine Wohnung und dergl., sowie einen unversehrten Körper benötige. Ohne diese Vorbedingungen sei das Leben nicht zu bestehen. Werde nun auf diese das Leben erst ermöglichenden Güter störend eingewirkt, so würden die durch den Besitz dieser Güter hervorgerufenen lustbetonten Gefühle beeinträchtigt. In dieser nachteiligen Wirkung liege der Nichtvermögensschaden [24]). Man kann dieser Deutung des Nichtvermögensschadens für den Kreis mehr äußerer Beeinträchtigungen, die sie trifft, wohl zustimmen.

Ebenso wie die körperlichen Schmerzen sind aber auch die seelischen Schmerzen in der ärztlichen Wissenschaft als schwere Störungen des Lebensablaufs erkannt. Eine der hervorstechendsten seelischen Schädigungen ist die Angst. Sauerbruch schildert sie in seinem Buche über den Schmerz als eine ursprüngliche und bei allen Lebewesen beobachtete Reizwirkung, die sich beim Menschen bis zu einer Erschütterung der gesamten Persönlichkeit steigern könne: „Die Steuerung der Seele und des Körpers durch Vernunft und Nervensystem versagt, und ein Zustand der Verzweiflung mit schweren Störungen des ganzen vegetativen Lebens beginnt. Sowie der (körperliche) Schmerz eine Reaktion auf einen örtlichen Reiz darstellt, ist die Angst eine Reaktion auf eine wirkliche oder vermutete Gefahr, deren Umfang und Art der Mensch nicht übersieht, die er vielmehr nur wittert und von der er glaubt, daß sie ihn vernichten kann." [25]) Es ergibt sich aus dem Vorstehenden, daß gerade seelische Beeinträchtigungen z. B. die Furcht vor ärztlichen Eingriffen oder die Angst vor Tollwut nach einem Hundebiß [26]) zu schweren Schädigungen führen können.

Dennoch hat man in der Rechtswissenschaft bei den nur seelischen Leiden früher keine wirklichen Schädigungen angenommen [27]). Aber dann ist doch die Erkenntnis durchgedrungen, daß auch Störungen des seelischen Gleichgewichts die körperliche Widerstandskraft herabsetzen oder auch geistige Kräfte, wie z. B. den Willen schädlich beeinflussen können. Daher wird heute allgemein auch für nur seelische Leiden ein Schmerzensgeld zugebilligt [28]).

[24]) JW 1936 S. 2966.

[25]) Sauerbruch S. 10 und 40.

[26]) RG in JW 1915 S. 90; OLG Augsburg „Recht" 1908, 2822. — Dagegen Oertmann, Bemerkung 3 zu § 847 BGB.

[27]) v. Liszt S. 65; Eckstein, Seuff. Bl. 76, 582.

[28]) H. A. Fischer, Schaden S. 296; Dernburg § 348; Cosack § 165; Windscheid-Kipp S. 892; Kohler S. 124; Oertmann Bem. 3 zu § 847; Leonhard II, S. 635; Enneccerus-Lehmann § 240; RG, Seuff. A. 59, N. 34; 70 N. 15; Recht 07, 3313 und 3314; OLG 7, 159; 12, 113; 14, 55; 18, 105; 20, 268.

Die seelischen Schmerzen müssen gemäß § 847 ebenso wie die Körperschmerzen die ursächliche Folge einer Körperverletzung sein. Es würde daher nicht genügen, wenn der Verletzte eine ganz unberechtigte Todesfurcht empfindet[29]). Wenn aber umgekehrt durch Zufügung von seelischem Leid, d. h. einer Gesundheitsschädigung, der Betroffene zu nachteiligen Vermögensverfügungen veranlaßt wird, so muß der Schädiger den Vermögensschaden selbstverständlich ersetzen[30]). Soweit wirtschaftliche Nachteile als Folgen seelischer Leiden auftreten, werden sie zunächst einen Gegenstand der Ersatzpflicht für den Vermögensschaden gemäß § 842 BGB bilden. Aber es kann auch Fälle geben, bei denen eine Ersatzpflicht sowohl aus § 842 als auch aus § 847 für dieselbe schädigende Handlung in Frage kommt. Wenn z. B. ein Forschungsreisender auf der Fahrt zu einer wissenschaftlichen Tagung, auf der er einen Vortrag halten soll, durch die Schuld eines Fahrzeuglenkers verunglückt, so ist die Tatsache, daß der Vortrag ihm Ehre und Ansehen eingebracht hätte und der dadurch hervorgerufene seelische Schmerz zweifellos bei der Bemessung des Schmerzensgeldes zu berücksichtigen. Konnte aber ferner damit gerechnet werden, daß der Vortrag ihm zu den Mitteln für eine neue Forschungsreise verholfen hätte, ist darin ein nach § 842 zu ersetzender Nachteil für Erwerb oder Fortkommen zu erblicken.

2. Nach den §§ 847, 1300 BGB kann der Verletzte die Wiedergutmachung der nicht das Vermögen betreffenden Schäden durch Geld verlangen. Er könnte auch Wiederherstellung des früheren Zustandes gemäß § 249 beanspruchen. Doch wird dies in den meisten Fällen unmöglich sein. Man könnte allerdings daran denken, den Verletzer zu verurteilen, durch persönliche Dienstleistungen dem Verletzten Annehmlichkeiten zu verschaffen oder Trost zuzusprechen. Denn Zuspruch und Trost sind jedenfalls da, wo es Furcht und Angst als Auswirkungen von Schmerzen zu bannen gilt, von größter Wirksamkeit[31]). Aber abgesehen davon, daß die Durchführung eines solchen Urteils nach unserem Recht nicht erzwungen werden könnte (§ 888 II ZPO), würde der Trost durch den Verletzer bei beiden Parteien wenig Anklang finden. Für den Verletzten wäre es insbesondere eine starke Zumutung, sich abermals dem Schädiger, nunmehr zu Heilzwecken, auszuliefern.

[29]) Hanseat. Ger. Z. 1908, Beibl. Nr. 131; Recht 08, N. 2217.
[30]) RG 143, 119.
[31]) Sauerbruch S. 37.

Eine Geldentschädigung wird hier den Bedürfnissen beider Parteien besser gerecht. Sie kann zwar niemals einen Ersatz für den Nichtvermögensschaden bilden, der in einer Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens besteht. Denn in dem häufigsten Falle körperlicher Schmerzen tritt ja mit der Heilung der Verletzung auch hinsichtlich der Schmerzen der frühere Zustand von selbst wieder ein. Er braucht also nicht erst wieder hergestellt zu werden. Gleiches gilt auch für andere Nichtvermögensschäden, so läßt sich z. B. eine Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre nicht in der Weise wieder gutmachen, als sei sie nicht geschen. An diese Schwierigkeit hat offenbar auch der Gesetzgeber gedacht, indem er in den §§ 847, 1300 statt von Schadensersatz von einer „Entschädigung in Geld" spricht. Diese Geldsumme dient nicht zur Ersetzung des Wertes der erlittenen Beeinträchtigung, da z. B. Schmerzempfindungen und Geldwert unvergleichbare Größen sind, sondern als Heilmittel für die schädlichen Wirkungen, die Schmerz und Kummer und verminderte Lebens- und Schaffensfreude nach sich ziehen. Denn jede derartige Beeinträchtigung läßt im Bewußtsein Eindrücke zurück, die geeignet sind, das seelische Gleichgewicht weiterhin zu stören. Ferner löst jede Schmerzempfindung ein Gefühl nach Genugtuung gegen den Schädiger aus. Denn auch bei den Menschen unserer Zeit ist trotz des hohen Standes unserer Gesittung das Rachegefühl noch nicht ganz erloschen [32]). Als Heilmittel gegen diese schädlichen Folgen des Schmerzes hat sich die Zahlung einer Geldsumme als wirksam erwiesen. Das Geld als allgemeiner Wertvertreter gestattet es dem Verletzten, sich Annehmlichkeiten zu verschaffen, die ein Gegengewicht gegen die erduldeten Leiden bilden können. Die gesteigerte Aufnahme von Vorstellungen und Eindrücken, die den Schmerz zurückdrängen sollen, sei es durch Ablenkung mit geistigen Mitteln oder durch körperliche Annehmlichkeiten, ist ein Linderungsmittel, dessen Wirkung wir gelentlich an uns selbst beobachten können [33]). Das Bewußtsein, daß dem Verletzer eine Geldsumme abgenommen wird, erzeugt ferner ein Gefühl der Befriedigung und dient gleichzeitig zur Besänftigung des Rachegefühls. Daher ist es richtiger, statt von der Ersetzung nichtvermögensrechtlicher Schäden von einem Ausgleich für die Leiden, Sorgen und Unbequemlichkeiten zu sprechen, welche die Verletzung mit sich gebracht hat [34]).

[32]) v. Tuhr Obligationenrecht S. 106, H. A. Fischer, Schaden S. 266.
[33]) vgl. Sauerbruch S. 15.
[34]) RG Warn. 35, 120.

3. Die Schäden, die mit Geld geheilt werden sollen, sind zwar unschwer als vorhanden zu erkennen, aber sehr schwer in Geld auszudrücken. Das Gesetz hat daher gesagt, daß der Verletzte eine billige Entschädigung in Geld verlangen könne. Es sind daher alle Umstände zu berücksichtigen, die einen Schluß auf die Stärke der schädlichen Einwirkungen zulassen. Zu diesen Umständen gehören die Stärke und Dauer des Schmerzes, eine etwa eingetretene Verunstaltung oder sonstige dauernde Körperschäden. Auch die Vermögensverhältnisse beider Teile sind zu berücksichtigen, soweit die Vermögenslage des Schädigers oder des Verletzten auf den Umfang des Nichtvermögensschadens von Einfluß sind. Zu weitgehend erscheint die vom Reichsgericht vertretene Ansicht, daß die Vermögensverhältnisse beider Teile in jedem Falle zu berücksichtigen seien[35]). Denn wenn der Schädiger reich oder der Geschädigte arm ist, so ist nicht schon ohne weiteres aus diesem Grund der Nichtvermögensschaden größer. Er kann dann größer werden, wenn der seelische Schmerz dadurch verstärkt wird, daß der Verletzer ein vermögender Mann ist; so wird z. B. ein Angestellter, der in gesundheitswidriger Weise durch Überanstrengung ausgenutzt wird, in viel größere Erbitterung geraten, wenn der Unternehmer ein wohlhabender Mann ist, als wenn es sich um ein kleines Unternehmen handelt, welches aus einer gewissen Notlage heraus seine Angestellten ausnutzt. Andererseits kann auf seiten des Verletzten, der über ein großes Vermögen verfügt und nicht von seiner Hände Arbeit lebt, ein Schmerz über die etwaige Beeinträchtigung seiner Erwerbsaussichten nicht anerkannt werden. Zweifellos gibt es Fälle, bei denen in ähnlicher Weise die Vermögenslage eines der Beteiligten auf die Größe der Schmerzen Einfluß haben kann. Daher ist wiederum die Meinung, die jeden Einfluß der Vermögensverhältnisse eines der Beteiligten leugnet, abzulehnen[36]). Jedoch erscheint es richtig, daß eine Versicherung des Schädigers gegen derartige Ersatzansprüche niemals von Einfluß auf den Nichtvermögensschaden sein kann[37]). Denn die Kenntnis dieser Tatsache kann nicht geeignet sein, die seelischen Schmerzen des Verletzten zu vergrößern oder zu verringern. Es handelt

---

[35]) RG 63, 104; 76, 174; RG „Recht" 1915 Nr. 1546; JW 1906, 336; 1915, 920; 1925, 2599; 1933, 830.

[36]) Peterssen JW 1936, 2967; Walter JW 1936, 2773; ders. Recht des Kraftfahrers 1936, 238.

[37]) RG 63, 104; 136, 61; ebenso Carl S. 403. — A. A. OLG Köln, Ztschr. d. Akad. f. D. R. 1937 410.

sich um einen außerhalb der Schmerzzufügung liegenden Umstand, dessen Heranziehung willkürlich wäre. Ferner können die persönlichen Beziehungen einen Maßstab für die Bemessung abgeben. Auch wird das Verhalten des Schädigers nach der Tat, etwa bei Kraftfahrzeugunfällen, von Einfluß auf die Beurteilung des Falles sein. Außerdem ist die Schwere des Verschuldens zu berücksichtigen, obwohl dieser Umstand auf den Umfang des Vermögensschadens ohne Einfluß ist. Gleiches hatte man früher auch für das Schmerzensgeld angenommen [38]). Neuerdings hat sich hierfür wieder Peterssen ausgesprochen, der ausführt, daß die Eigenschaft des Schmerzensgeldes als Entschädigung verkannt werde, wenn man es als Vergeltungsmaßnahme für ein grobes Verschulden des Verletzers benutzen wolle. Es möge richtig sein, daß der Geschädigte ein Bedürfnis nach Vergeltung empfinde, für die Beurteilung der Höhe des Schmerzensgeldes könne dies jedoch nicht maßgebend sein [39]). Demgegenüber ist zu bemerken, daß das Bedürfnis nach Vergeltung ein deutliches Anzeichen für die Stärke der empfundenen Schmerzen ist. Auch macht es für die Empfindungen des Verletzten einen Unterschied, ob ihn der Verletzer absichtlich oder nur aus Unachtsamkeit beschädigt hat. Die Außerachtlassung dieses Umstandes, welcher geeignet ist, auf den Verletzten verbitternd zu wirken, ist daher mit Recht vom Reichsgericht als willkürlich bezeichnet worden [40]). Andererseits muß bei Bemessung des Schmerzensgeldes berücksichtigt werden, wenn der Verletzte selbst bei der Entstehung des Schadens mitgewirkt hat (§ 254 BGB) oder wenn ihm die Verletzung Vorteile gebracht hat, z. B. wenn ein Stummer durch die Schreckwirkung einer Verletzung die Sprache wiedergewinnt.

Die gleichen Gesichtspunkte gelten auch für die Bemessung der Geldentschädigung für andere Beeinträchtigungen des körperlichen oder seelischen Wohlbefindens und die sonstigen Nichtvermögensschäden (z. B. objektive Ehrenminderung), so z. B. für die seelische Bedrückung bei Freiheitsentziehung, Beeinträchtigung der Arbeitsfreude und Vereitelung von Natur- und Kunstgenuß.

Für die Festsetzung der Höhe der zu zahlenden Geldsumme ist die Schätzung durch den Richter maßgebend, der „unter Würdigung aller Umstände" gemäß § 287 ZPO nach freier Überzeugung über die Höhe des gesamten geltend gemachten Schadens ein-

[38]) RG BayZ 1910, 217; Staudinger Bem. 4 zu § 847; RGK Bem. 5.
[39]) Peterssen JW 1936, 2967.
[40]) RG 136, 61; ebenso H. A. Fischer, Schaden S. 313; Seng Bürg. A. 5, 375.

schließlich des Nichtvermögensschadens zu entscheiden hat. Hinsichtlich des Nichtvermögensschadens wird der Richter jedoch immer darauf zu achten haben, ob ein wirklicher Schaden vorliegt. Nicht jeder entgangene geistige Genuß ist einem Schaden gleichzuachten; so ist das Vorliegen eines Schadens bei einer infolge einer Körperverletzung entgangenen Musikaufführung nicht ohne weiteres zu bejahen. Hier wird nur dann eine Entschädigung für den versäumten Musikgenuß angebracht sein, wenn es sich um eine (unabhängig vom Wert des aufgewendeten Eintrittgeldes) wertvolle Musikaufführung handelte, deren Versäumung als Verlust empfunden wird. Das wird man z. B. dann annehmen können, wenn der Verletzte sich eine Eintrittskarte zu den Festspielen in Bayreuth erspart hatte. Das Vorliegen eines Schadens wird jedoch verneint werden müssen, wenn er eine einzelne Opernaufführung an seinem Wohnort versäumt. Tritt dagegen infolge einer Verletzung Taubheit ein, so ist bei einem musikliebenden Menschen der Verlust der Möglichkeit, Musik überhaupt wahrnehmen zu können, regelmäßig als eine sehr starke Beeinträchtigung seiner Persönlichkeit zu werten. Ebenso ist die dauernde Vereitelung der Wahrnehmung von Naturschönheiten bei Verlust der Sehkraft beider Augen als eine sehr beträchtliche nicht das Vermögen betreffende Schädigung anzusehen [41]).

Trotz aller dieser Gesichtspunkte für die Bemessung der Geldentschädigung wird die Festsetzung ihrer Höhe den Richter immer vor eine schwierige und verantwortungsvolle Aufgabe stellen. Denn wieviel ist z. B. der Kummer um einen gesunden Zahn wert, den der Zahnarzt versehentlich statt des kranken ausgezogen hat? Bei mißglückten ärztlichen Eingriffen erscheint mit Rücksicht auf die unnötigerweise zweimal zugefügten Verletzungen eine höhere Geldentschädigung angemessen. Die Schwierigkeit, die aber auch hier für die Bemessung besteht und die immer bestehen bleiben wird, ist die, daß die Menschen sehr verschieden in ihren Schmerzempfindungen sind und andererseits ihre Schmerzen in sehr verschiedener Weise nach außen zu erkennen geben. Durch den persönlichen Eindruck wird der Richter Anhaltspunkte gewinnen können, ob infolge einer körperlichen oder seelischen Eigenart eine hohe oder geringe körperliche oder seelische Schmerzempfindlichkeit besteht. Daher ist es nicht möglich, einzelne Richtlinien für die Bemessung des Schmerzensgeldes und der Geldentschädigung für

[41]) Vgl. Staudinger Bem. 1 zu § 253 BGB.

andere Nichtvermögensschäden aufzustellen. Im übrigen wird die Berücksichtigung der im Vorstehenden geschilderten allgemeinen Gesichtspunkte für die Bemessung der Geldentschädigung – also insbesondere der Schwere der Verletzung und der Schuld, der Folgen einer etwaigen Verunstaltung, der Stärke und Dauer des Schmerzes, der Verschiedenheit der Schmerzempfindlichkeit, der Vermögensverhältnisse und persönlichen Beziehungen beider Teile, des Verhaltens des Schädigers nach der Tat, des mitwirkenden Verschuldens des Verletzten und der etwa in Frage kommenden Vorteilsausgleichung — zu einem hinreichend klaren Bild über Art und Umfang der eingetretenen nicht das Vermögen betreffenden Schädigung führen.

4. Die Gewährung von Geldersatz für Nichtvermögensschaden ist in unserem geltenden Recht nur sehr eingeschränkt statthaft. Die bisher besprochenen Fälle, in denen eine Geldentschädigung gewährt wird, sind Ausnahmen. Allerdings sind diese Ausnahmen die am häufigsten vorkommenden Fälle, in denen nicht das Vermögen betreffende Schädigungen auftreten können. Das BGB lehnt im übrigen eine Geldvergütung für Nichtvermögensschaden grundsätzlich ab. Außer den im BGB selbst genannten Ausnahmefällen kommen noch einige Bestimmungen aus anderen Gesetzen in Frage. So kann der Strafrichter bei Körperverletzungen und Beleidigung (§§ 188, 231 StGB) neben der Strafe auf eine an den Verletzten zu zahlende Buße erkennen. Diese ist keine öffentliche Strafe, sondern eine bürgerlichrechtliche Entschädigung, welche nicht auf die Vergütung des Vermögensschadens beschränkt ist[42]). Auf eine Buße kann ferner erkannt werden bei unlauteren Schädigungen im Wettbewerb nach § 26 des Wettbewerbgesetzes vom 27. Mai 1896, bei Verstoß gegen ein Urheberrecht und gegen das Recht am eigenen Bilde nach § 40 Lit.Urh.Ges. vom 19. Juni 1901, §§ 22 und 35 des Kunst-Schutzgesetzes vom 9. Januar 1907. Ferner kann nach § 57 Abs. 3 der Seemannsordnung der Schiffsmann im Falle der Verpflegungskürzung eine den erlittenen Entbehrungen entsprechende Vergütung fordern, die gleichfalls den Nichtvermögensschaden mit umfaßt. Auch die nach § 58 des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit im Falle der Kündigungs-Widerrufsklage dem Beschäftigten zu zahlende Abgangsentschädigung ist eine Entschädigung für Nichtvermögensschaden[43]).

[42]) RGStr. 55, 188.

[43]) Vgl. Hueck-Nipperdey-Diez Bem. 3 zu § 58 AOG, wonach die Kündigungsentschädigung weder Arbeitsentgelt noch Schadensersatz sei, sondern Ab-

Bemerkenswert ist, daß es sich in den Fällen des § 57 Abs. 3 Seemannsordnung, des § 58 AOG und des § 1300 BGB um vertragliche Ansprüche auf Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden handelt und nicht etwa um Ansprüche aus unerlaubter Handlung. Die Wiedergutmachung der nicht das Vermögen betreffenden Schädigungen durch Geld ist demnach nicht nur auf die Fälle deliktischer Schadenszufügungen beschränkt. Angesichts dieser Tatsache erscheint die Frage wohl berechtigt, warum nicht bei allen vertraglichen Verletzungen, die zu Körper- und Gesundheitsschäden geführt haben, ein Schmerzensgeld zugelassen wird.

5. Die nur ausnahmsweise in § 847 gewährte Geldvergütung für Nichtvermögensschaden ist jedoch nach dem geltenden Recht in ihrem Anwendungsgebiet auf die unerlaubten Handlungen beschränkt. Denn die Stellung dieser Vorschrift unter den unerlaubten Handlungen bedeutet, daß die Verletzungen des Körpers, der Gesundheit, der Freiheit oder der Geschlechtsehre eine unerlaubte Handlung, d. h. die Folge einer Handlung im Sinne des 25. Titels des 2. Buches des BGB sein müssen. Es kommen daher nicht nur alle Fälle schuldhafter Körper- und Gesundheitsverletzungen gemäß §§ 823—26, 836—38, 839, 841, 831—32 in Frage, vielmehr werden auch die Fälle schuldloser Haftung für Tierschaden gemäß §§ 833, 834 von § 847 mit umfaßt[44]). Dies ergibt sich daraus, daß die genannten Vorschriften unter dem Titel der unerlaubten Handlungen zusammengefaßt sind. In dieser Anordnung, wie überhaupt in der Einteilung des BGB ist mehr als eine bloß äußerlich bestimmte Ordnung zu sehen. Die Unterteilung der gesetzlichen Bestimmungen ist eine inhaltlich bestimmte Gruppierung, welche die einzelnen Vorschriften in ein innerlich zusammenhängendes Gefüge bringt. Danach ist auch der Stellung des § 847 unter den unerlaubten Handlungen zu entnehmen, daß er nicht nur für alle Handlungen im Sinne des 25. Titels, sondern andererseits auch nur für diese Handlungen gelten soll. Körperverletzungen, die ausschließlich auf Vertragsverletzungen zurückgehen, erzeugen daher den Anspruch auf Schmerzensgeld ohne weiteres nicht. Das ist auch der Standpunkt der herrschenden Ansicht[45]).

findung für den Verlust der Arbeitsstelle, obwohl ein sozial zu billigender Kündigungsgrund nicht vorläge.

[44]) Ebbecke S. 46. — a. A. OLG 12, 120.

[45]) H. A. Fischer, Schaden S. 298; Ebbecke S. 46; Lang S. 7; Endemann § 128; Enneccerus-Lehmann § 240; Heck S. 56; Baur S. 21; RG 65, 21; 68, 433; 113, 287; JW 1927, 583; 1928, 2210. RG 99, 263.

6. Eine andere Frage ist es, ob die Bestimmung des § 847 auf die Fälle nur vertraglicher Haftung im Wege des Ähnlichkeitsschlusses anzuwenden ist. Diese Frage hat ihre Berechtigung darin, daß Körperverletzungen, für welche ausschließlich nach Vertragsrecht gehaftet wird, tatbestandsmäßig und auch in ihren weiteren Folgen sich im wesentlichen nicht von außervertraglichen Körperverletzungen unterscheiden. Man kann der Klärung dieser Frage nicht dadurch ausweichen, daß man die Möglichkeit einer nur vertraglichen Haftung für Körperverletzungen leugnet. Wenn es auch den Anschein hat, als sei jede Verletzung des Körpers, der Gesundheit oder der Geschlechtsehre eine unerlaubte Handlung, so sind doch Fälle denkbar, z. B. bei der Haftung für Gehilfen, wenn dem Geschäftsherrn der Entschuldigungsbeweis des § 831 BGB gelungen ist, in denen für solche Verletzungen nur vertraglich gehaftet wird. Die Versagung der Geldentschädigung erscheint in diesen Fällen jedoch sehr unbefriedigend, weil die gleiche Verletzung und der gleiche Schmerz eine gleichmäßige rechtliche Behandlung erfordern. Obwohl die Fälle, in denen bei Vorliegen einer unerlaubten Handlung eine Haftung auf Schmerzensgeld vom Gesetz anerkannt ist, Ausnahmen sind, würde dieser Umstand allein einer rechtsähnlichen Anwendung des § 847 im Vertragsrecht nicht entgegenstehen. Anders verhält es sich allerdings mit der Sonderbestimmung des § 1300 BGB, die einer erweiterten Anwendung nicht fähig ist. Hinsichtlich der Anwendbarkeit des § 847 im Vertragsrecht würde es darauf ankommen, ob die Haftung aus Vertrag von der Unrechtshaftung so wesensverschieden ist, daß die entsprechende Anwendung einer für die Unrechtshaftung getroffenen Vorschrift im Vertragsrecht nicht möglich erscheint.

Diese Frage ist für die zur Erörterung stehenden Fälle der Körperverletzung, Gesundheitsschädigung, Freiheitsberaubung und Verletzung der Geschlechtsehre zu verneinen. Denn diese Verletzungen der Person des Schuldners können ihrem Wesen nach nicht anders beurteilt werden, sei es, daß sie sich als Vertragsbrüche oder als unerlaubte Handlungen darstellen. Die Unterschiede, die sonst zwischen Vertrags- und Unrechtshaftung bestehen, fallen hier regelmäßig fort: Das Wesen des Vertrages besteht darin, daß der Schuldner sich freiwillig zu einer Leistung verpflichtet, während bei der Unrechtshaftung seine Verpflichtung ohne oder gar gegen seinen Willen entsteht. Aber auch beim Vertrage tritt regelmäßig ohne oder gegen den Willen des Schuldners die Haftung ein: bei Vertragsverletzungen muß er an Stelle oder neben

der versprochenen Leistung Schadensersatz leisten. Diese gegen den Willen des Schuldners entstehende Haftung auf Schadensersatz entspringt aus einer Pflichtverletzung, die sich entweder auf die versprochene Leistung selbst bezieht und zur Unmöglichkeit oder Verzögerung der Leistung führt oder aus sonstigen Pflichtverletzungen, die weder eine gegenständliche Unmöglichkeit noch einen Verzug des Schuldners begründen. Es handelt sich hierbei hauptsächlich um Zuwiderhandlungen gegen unselbständige Unterlassungspflichten, z. B. Obhutspflichten, Anzeigepflichten und insbesondere Erhaltungspflichten gegenüber der Person des Vertragsgenossen, die nebst einer Anzahl weiterer Pflichtwidrigkeiten üblicherweise unter dem Begriff der positiven Vertragsverletzungen zusammengefaßt werden. Das BGB hat sie nicht näher behandelt; sie sind zuerst von Staub in ihrer Bedeutung erkannt und nachgewiesen worden[46]). Die nicht immer zutreffende Bezeichnung als positive Vertragsverletzungen hat sich seitdem eingebürgert[47]). Sie soll daher auch hier beibehalten werden. Einer der Hauptfälle dieser positiven Vertragsverletzungen ist die körperliche Verletzung der Person des Vertragsgegners, so wenn z. B. durch fahrlässige Ausführung von Arbeiten der Gläubiger durch den Schuldner oder seine Gehilfen verletzt wird[48]). Es fragt sich, wie hier die Wiedergutmachung des in der Person des Gläubigers entstandenen Schadens erfolgen soll. Daß grundsätzlich der Schuldner für jede schuldhafte Vertragsverletzung haften muß, ergibt sich aus dem Gesamtzusammenhang unseres BGB[49]). Aber diese Haftung ist nur für die Fälle der Unmöglichkeit und Verzögerung der Leistung im BGB näher ausgestaltet. Eine ausdrückliche Regelung der Rechtsfolgen der sonstigen Vertragsverletzungen ist im allgemeinen Teil des Schuldrechts nicht gegeben. Das gilt insbesondere auch für die Verletzungen der Person des Gläubigers. Die Verletzungen der Person sind hauptsächlich in dem Abschnitt des BGB über die unerlaubten Handlungen behandelt. Wenn wir nun für vertragliche Körperverletzungen eine zweckentsprechende Regelung der Rechtsfolgen, insbesondere also hinsichtlich des Umfangs der Schadensersatzpflicht suchen, liegt es nahe, die vom Gesetzgeber bei den unerlaubten Handlungen aufgestellten Vorschriften auf ihre Anwendbarkeit im Vertragsrecht zu prüfen. Wir haben be-

[46]) Staub-Müller S. 1 ff.
[47]) näheres s. Stoll S. 47.
[48]) Staudinger Vorbem. C I vor § 275 BGB.
[49]) RG 106, 25.

reits festgestellt, daß bei Vertragsbrüchen, die eine Körperverletzung zur Folge haben, ebenso wie bei Körperverletzungen, die sich als unerlaubte Handlung darstellen, die Haftung auf Schadensersatz ohne oder gar gegen den Willen des Schädigers eintritt. In beiden Fällen handelt dieser unerlaubt. Im ersten Falle ist die Tat vertraglich, im zweiten allgemein verboten. Daraus ergibt sich jedoch kein Unterschied für die sittliche Bewertung der Handlung: denn was auf Grund besonderer Verpflichtung gegenüber einem einzelnen verboten ist, kann nicht als weniger wirksam verboten angesehen werden, als das, was allgemein auf Grund gesetzlicher Anordnung verboten ist. Die in § 847 genannten Verletzungen des Körpers, der Gesundheit, Freiheit und Geschlechtsehre sind daher, wenn sie auf einen Vertragsbruch zurückgehen, den allgemeinen verbotenen Handlungen dieser Art (§ 823 ff. BGB) wesensähnlich [50]). Dennoch hat sich bisher die herrschende Ansicht nicht entschließen können, für Vertragsbrüche, die eine Körperverletzung nach sich ziehen, die hierfür im BGB aufgestellten besonderen Bestimmungen der §§ 842—847 entsprechend anzuwenden, die eine Regelung der Ersatzpflicht bei Körperverletzungen enthalten, während die Vorschriften über die Wiedergutmachung von Vertragsverletzungen in der Hauptsache nur auf den Ausgleich der Vermögensschäden abgestellt sind. Diese Verschiedenheit der Haftungsfolgen bei Vertrag und Unrecht geht auf die Einteilung unseres Schuldrechts zurück. Die Verfasser des BGB haben die schuldrechtliche Haftung entsprechend den hauptsächlichsten Lebensaufgaben des Schuldrechts eingeteilt. Das Vertragsrecht, das in der Hauptsache der Vermittlung des Güteraustausches dienen soll, behandelt dementsprechend vorwiegend nur den Schadensersatz bei Vermögensverletzungen. Das Recht der unerlaubten Handlungen, welches dem Schutz der Person und ihrer Güter dient, enthält eine nähere Ausgestaltung der Wiedergutmachung von Verletzungen der Person und ihrer Sachen [51]). Dabei ist nicht bedacht, daß sich die Kreise der Vertragsbrüche und der unerlaubten Handlungen zum Teil überschneiden, wie sich ja auch daraus ergibt, daß häufig Vertragsverletzungen auch eine Haftung aus unerlaubter Handlung begründen können.

Daß die Bestimmungen des Vertragsrechts über den Schadensersatz in den Fällen der Körperverletzungen nicht immer ausreichen, ist bereits mehrfach in der Praxis unserer Gerichte an-

[50]) so auch Kieckebusch, Hdwb. der Rechtswissenschaft Bd. VI S. 144.
[51]) so auch Stoll § 29 I.

erkannt worden; so ist z. B. der § 843 BGB (Entschädigung durch Zahlung einer Rente) auch bei Vertragsbruch angewendet worden[52]). Bei der Vorschrift des § 847 hat man die entsprechende Anwendung nur deshalb für ausgeschlossen erachtet, weil durch § 253 BGB der § 847 als Ausnahmebestimmung gekennzeichnet sei, die nicht erweitert werden könne. Es wird unsere Aufgabe sein, in den folgenden Abschnitten darzutun, daß diese Auffassung einer tieferen Begründung entbehrt. Als Ausgangspunkt für die nachfolgenden Untersuchungen mag noch einmal ausdrücklich hervorgehoben werden, daß Vertragsbrüche, die Körperverletzungen zur Folge haben, regelmäßig den allgemein verbotenen Körperverletzungen (unerlaubte Handlungen) in ihrem Wesen und in ihren äußeren Merkmalen entsprechen, daß aber trotzdem unser Gesetzbuch eine den Verletzungen der Person und ihrer Güter entsprechende Ausgestaltung des Schadensersatzes in den Bestimmungen über die vertragliche Haftung nicht gegeben hat.

---

[52]) RG 68, 431. — Weitere Beispiele: S. Anm. 122—125.

Überblick über die Fälle nur vertraglicher Haftung.

1. Ein Mitglied eines eingetragenen Vereins, welcher eine große Bücherei unterhält, bricht bei der Entnahme von Büchern mit einer schadhaften Leiter zusammen. Die Leiter hatte ihm ein schon länger bei dem Verein beschäftigter Angestellter gereicht. Das Vereinsmitglied verletzt sich im Hinfallen so unglücklich, daß es eine dauernde entstellende Narbe im Gesicht behält. Der Angestellte, welcher die Schadhaftigkeit der Leiter kannte, ist nicht in der Lage, den Schaden wieder gutzumachen. Das Vereinsmitglied hat daher den Dienstherrn, nämlich den Verein, verklagt, der für das Verschulden seiner Angestellten gemäß § 278 BGB einstehen muß. Das Gericht wird den Beklagten zum Schadensersatz verurteilen, aber nur zum Ersatz des Vermögensschadens, d. h. der Arzt- und Kurkosten und der durch den Unfall beschädigten Kleidungsstücke. Für die schmerzhafte Verletzung und die dauernde Entstellung durch die Narbe kann das Mitglied von dem Verein keine Vergütung verlangen, weil unsere Gerichte bei der Haftung aus einem Vertrage ein Schmerzensgeld nicht zubilligen. Man wird einwenden, daß der Verein doch auch aus dem Gesichtspunkt der unerlaubten Handlung (§ 831 BGB) für die Handlung des Angestellten einstehen müsse und der Kläger daher auch einen Ersatz für die nicht das Vermögen betreffenden Schädigungen erhalten könne.

Die Möglichkeit, neben dem Vertragsanspruch auch einen Anspruch aus unerlaubter Handlung geltend zu machen, ist zwar gegeben, sofern die Verletzung gleichzeitig auch den Tatbestand einer Unrechtshandlung bildet. Aber der Anspruch aus unerlaubter Handlung gemäß § 831 BGB muß entfallen, wenn der Dienstherr nachweist, daß er bei der Auswahl des Angestellten und bei seiner Beaufsichtigung die erforderliche Sorgfalt angewendet hat. Die Möglichkeit, den Entlastungsbeweis des § 831 Abs. 1 Satz 2 zu erbringen und sich dadurch von der Haftung auf Schmerzensgeld zu befreien, wird in unserem Falle ebenso wie in vielen anderen Fällen gegeben sein [53]).

[53]) vgl. z. B. für das Gebiet des Verkehrsrechts: Verkehrsrechtl. Rundschau 1936, 114.

Außerdem gibt es noch eine Anzahl weiterer Fälle, in denen Körper- und Gesundheitsschädigungen nicht den Tatbestand einer unerlaubten Handlung erfüllen. Diese ergeben sich in der Hauptsache daraus, daß durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung oder auch durch Auslegung des Vertragsinhaltes die Anwendung der Unrechtsvorschriften eingeschränkt oder ganz ausgeschlossen ist.

2. Zunächst erscheint es von Wichtigkeit, diese Ansicht von anderen verbreiteten Ansichten abzugrenzen. Besonders naheliegend ist die Gefahr einer Verwechslung mit der im Schrifttum vertretenen Auffassung, welche die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens von vertraglichen Ansprüchen mit solchen aus unerlaubter Handlung für bestimmte Fälle überhaupt leugnet. Nach dieser Ansicht soll sich der Anspruch des Verletzten dann nur nach Vertragsrecht beurteilen, wenn dies als das besondere Recht erscheine (Lehre von der Gesetzeskonkurrenz)[54]. Diese Lehre stützt sich auf die Tatsache, daß die vertraglichen Beziehungen erst dem Verletzer die Möglichkeit gegeben haben, dem anderen Teil Schaden zuzufügen. Das Verhältnis zwischen den Parteien werde aber gerade durch die Bestimmungen des Vertrages und nicht durch die allgemeinen Vorschriften der unerlaubten Handlungen geregelt. Die Vertragsbestimmungen ständen daher gegenüber den Regeln über die unerlaubten Handlungen im Verhältnis von lex specialis zu lex generalis. — Indessen trifft dies in dieser Allgemeinheit nicht zu. Eine Betrachtung des Zwecks der Haftung aus unerlaubter Handlung und eine Bewertung der Lösung, welche die Lehre von der Gesetzeskonkurrenz hier bietet, müssen zu einer Verneinung der ausschließlichen Geltung von Vertragsrecht bei einem Zusammentreffen der beiden Haftungsarten führen. Daher ist heute allgemein anerkannt, daß regelmäßig bei Zusammentreffen von vertraglichen und gesetzlichen Haftungsgründen die eine Haftungsart die andere grundsätzlich nicht ausschließt[55].

Abzulehnen ist auch die Meinung, die beim Zusammentreffen von Vertrags- und Unrechtshaftung danach unterscheidet, ob die Verletzung mit dem Vertragsverhältnis in einem inneren Zusammenhang stehe oder nicht. Im Falle der Bejahung soll nur Vertrags-, im Falle der Verneinung nur Unrechtshaftung gelten[56].

---

[54]) Hellwig, Anspruch S. 98; O. Chr. Fischer S. 106; Planck, Vorbem. 6 vor §§ 823 ff.

[55]) Lehmann S. 300; Stoll § 50 VII.

[56]) Oertmann Vorbem. 5 vor § 823; Lent S. 278; Endemann S. 1257.

Diese Ansicht ist früher auch vom Reichsgericht und in der Rechtsprechung der höheren Gerichte vertreten worden[57]). Es ist zuzugeben, daß es Fälle geben kann, bei denen das Zusammentreffen von Vertrags- und Unrechtshaftung ausgeschlossen erscheint, z. B. wenn ein Schenker seine Gabe überbringt und dabei die Kinder des Beschenkten mit einer Krankheit ansteckt. Hier liegt aber gar kein Zusammentreffen vor, sondern zwei gesonderte Tätigkeiten — die Übergabe des Geschenks und der Verkehr mit den Kindern — die nur zeitlich zusammenfallen. Es erscheint daher einleuchtend, die Gesundheitsschädigung der Kinder nur nach dem Recht der unerlaubten Handlungen zu beurteilen[58]). Zwischen diesen Fällen und denen, wo die Verletzung durch Außerachtlassung von Vertragspflichten erfolgt und somit ein innerer Zusammenhang mit dem Vertrage besteht, bleibt eine große Anzahl von Fällen übrig, in denen sich der innere Zusammenhang nicht ohne Schwierigkeiten oder garnicht bejahen läßt. Aber selbst da, wo der Zusammenhang klar ist, ist nicht einzusehen, warum die Haftung des Verletzers auf den Vertrag beschränkt sein soll, da auch die Güter des Vertragsgegners durch § 823 geschützt werden.

Aus den gleichen Gründen ist auch die Ansicht von Fromherz abzulehnen, der die Frage untersucht hat, unter welchen Voraussetzungen eine Haftung des Arztes auf Schmerzensgeld in Frage kommt und dabei zu dem Ergebnis gelangt ist, daß neben dem Vertragsanspruch nur dann ein Anspruch aus unerlaubter Handlung gegeben sei, wenn der Täter in den Rechtskreis anderer Personen einzugreifen Gefahr laufe. Deshalb sei der von einem Arzt fahrlässig begangene Kunstfehler regelmäßig nur eine Vertragsverletzung. Anders wäre es jedoch, wenn der Leidende eine ansteckende Krankheit gehabt hätte und sie durch die unrichtige Behandlung auf Dritte übertragen könne. Nur in diesem Falle begehe der Arzt auch eine unerlaubte Handlung und hafte auf Schmerzensgeld[59]).

Diese Ansicht enthält insofern einen richtigen Kern, als sie davon ausgeht, daß die allgemeine Rechtspflicht des § 823, niemanden körperlich zu verletzen, eingeschränkt oder sogar aufgehoben sein kann. Sie ist aber andererseits zu weitgehend, weil eine solche Einschränkung nur da Sinn haben kann, wo sich die Verletzung im Rahmen des vertraglich Vereinbarten hält. Wenn

---

[57]) RG in JW 1904, 166; Recht 1904 N. 252; RG 67, 185; OLG 17, 409.
[58]) Leonhard II S. 628.
[59]) Fromherz Ziv.A. 108, 454.

z. B. der Arzt bei einem Eingriff versehentlich die falsche Bauchseite öffnet, so ist dies wegen der Gefahr ähnlicher Unachtsamkeiten bei zukünftigen Eingriffen als Verletzung einer allgemeinen Rechtspflicht aufzufassen. Durch die Handlung als solche läuft hier der Arzt noch nicht Gefahr, in dem von Fromherz vertretenen Sinne, in den Rechtskreis anderer Personen einzugreifen, wie z. B. bei der fehlerhaften Behandlung einer ansteckenden Krankheit. Darum reicht es nicht aus, die Bejahung einer Unrechtshandlung von der Gefährdung Dritter abhängig zu machen, die möglicherweise durch ihre Beziehungen zu dem Verletzten gleichfalls zu Schaden kommen können. Vielmehr muß der Gesichtspunkt des Schutzes der Allgemeinheit für die Annahme einer Unrechtshandlung maßgebend sein.

3. Mit Recht lassen dagegen die herrschende Lehre und die Rechtsprechung in allen Fällen des Zusammentreffens von Vertrags- und Unrechtshaftung beide Ansprüche nebeneinander zu (Lehre von der Anspruchskonkurrenz) und zwar nach freier Wahl des Geschädigten[60]). In seiner grundlegenden Entscheidung vom 13. Oktober 1916 hat das Reichsgericht (RG 88, 433) hierzu folgendes ausgeführt: „Die allgemeine Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen, besteht immer und gegenüber jeder Person, gleichviel ob diese mittels Vertrag oder ohne Vertrag in den Handlungsbereich des Verletzers gekommen ist. Diese allgemeine Rechtspflicht kann dadurch nicht beseitigt werden, daß es ein Vertrag war, durch den die Möglichkeit der Einwirkung auf den Körper des anderen gegeben wurde. Auch der Vertragsgegner bleibt der durch § 823 BGB Geschützte; er wird es in noch stärkerem Grade, wenn der Vertrag den Verletzer sogar noch besonders, nämlich auch noch vertragsmäßig zur Fürsorge verpflichtet." Dementsprechend hat unser höchster Gerichtshof in zahlreichen Fällen von Vertragsverletzungen auch das Vorliegen einer Verletzung der allgemeinen Rechtspflichten, die jedermann gegen jeden obliegen, bejaht. Danach haftet der Dienstherr, der durch Vernachlässigung seiner Fürsorgepflichten eine Körperverletzung des Dienstverpflichteten verschuldet (§ 618 BGB), auch aus unerlaubter Handlung und somit auch auf Schmerzensgeld[61]), ebenso der Staat gegenüber

[60]) Enneccerus-Lehmann § 449 II; Crome, System § 324; Dernburg § 64; Prym S. 61; Leonhard II S. 628; Heck S. 448; Siber S. 491; Hedemann S. 430; RG 88, 434; 90, 68; 99, 384; JW 1908, 432; 1916, 1276.

[61]) RG Warn. 1912, Nr. 250.

seinen Beamten [62]), der Gastwirt gegenüber seinen Gästen [63]), Hausbesitzer und Vermieter, welche den verkehrssicheren Zustand der vermieteten Räume vernachlässigen, gegenüber den Mietern [64]), die Eisenbahnen, die Post, Fuhrunternehmer, Reeder und sonstige Beförderungsunternehmer, wenn sie nicht für die Sicherheit der Reisenden sorgen [65]), sowie der Arzt, der den Kranken rechtswidrig unter Verletzung der ärztlichen Kunstregeln behandelt [66]). Die Entwicklung ging bis in die neueste Zeit dahin, in zahlreichen Fällen einer Körperverletzung eines Vertragsteiles durch den anderen eine unerlaubte Handlung zu erblicken und dazu hat unverkennbar das Bestreben beigetragen, dem Verletzten nach Möglichkeit auch ein Schmerzensgeld zu gewähren. Nicht ohne Berechtigung hat Schneider darauf aufmerksam gemacht, daß die Rechtsprechung hier auf den verschiedensten Schleichwegen der Rechtsgestaltung zu einer Erweiterung der Haftung zu gelangen suchte [67]).

Gegenüber diesen nicht zu billigenden Versuchen ist daran festzuhalten, daß in jedem einzelnen Fall geprüft werden muß, ob die Vertragsverletzung tatsächlich auch gleichzeitig alle Merkmale einer Unrechtshandlung aufweist. Zutreffend sagt das Reichsgericht einmal, es müsse neben der schuldhaften Vertragsverletzung „außervertragliches Verschulden mit ursächlicher Folge" vorliegen [68]). In der Tat ergibt eine solche Prüfung, daß in einer Anzahl von Fällen, die sich in mehrere Gruppen teilen lassen, das Bestehen einer Unrechtshandlung neben der Vertragsverletzung nicht bejaht werden kann, da es an einem der Merkmale des § 823 BGB, sei es der Rechtswidrigkeit, des ursächlichen Zusammenhanges oder des außervertraglichen Verschuldens fehlt, oder weil die Unrechtshaftung vertraglich überhaupt ausgeschlossen ist.

4. a) Eine große Gruppe dieser Art wird von den Fällen gebildet, bei denen die Unrechtshaftung durch Abrede der Vertragschließenden ausgeschlossen ist. Es ist allgemein anerkannt, daß dies zulässig ist. Eine solche Vereinbarung findet ihre Grenze lediglich darin, daß nach § 276 Abs. II BGB die Haftung wegen Vorsatzes dem Schuldner im voraus nicht erlassen werden kann. Eine

---

62) RG 91, 21; 95, 103.
63) RG 85, 185.
64) RG 89, 384; 96, 65; 106, 136.
65) RG Recht 1924, Nr. 821.
66) RG 85, 183.
67) Deutsches Recht 1936, S. 424.
68) RG Recht 1924, Nr. 821.

ausdrückliche Abmachung dieser Art wird selten sein. Zahlreicher sind die Fälle, wo sich aus der Vertragsauslegung ergibt, daß auf Ersatzansprüche aus einer Unrechtshandlung verzichtet werden sollte. Die Notwendigkeit einer solchen Einschränkung des Übermaßes der Doppelhaftung aus Vertrag und Unrecht wird auch von Hedemann und Heck befürwortet[69]). Tatsächlich ist eine solche Vertragsauslegung in vielen Fällen geboten. „Aber man macht davon geringen Gebrauch und behandelt diese Möglichkeit fast als eine Störung, die man möglichst verstecken müsse.“[70])

Es wird zunächst bei allen kleineren und unbedeutenderen Körperverletzungen, wie sie sich im täglichen Leben häufig im Rahmen eines Vertragsverhältnisses abspielen, als Wille der Vertragschließenden angenommen werden können, daß nur Vertragsrecht gelten soll. Wenn z. B. ein Kindermädchen dem Kinde einen Becher mit zu heißer Milch reicht und es sich die Zunge verbrennt, wird es niemandem einfallen, darin etwas anderes als eine geringfügige Vernachlässigung von Vertragspflichten zu erblicken. Der Ausschluß der Unrechtshaftung folgt hier jedoch nicht aus den regelmäßig nur unbedeutenden Folgen dieser Art von fahrlässigen Verletzungen, sondern aus ihrer besonderen Eigentümlichkeit, die darin besteht, daß sich die Haftung nur aus einer Übernahme von besonderen Pflichten erklärt, während eine Beeinträchtigung von Belangen der Allgemeinheit hier nicht in Betracht kommt. Derartige Fälle sind sehr zahlreich: der Schneider, der bei der Anprobe einen Anzug absteckt, sticht den Besteller mit einer Nadel, der Haarschneider bringt seinem Kunden einen Schnitt bei, der Vermieter läßt im Winter für einen Tag die Heizung ausgehen, so daß sich die Mieter eine Erkältungskrankheit zuziehen. Allerdings werden in diesen Fällen nur selten Ersatzansprüche gestellt und Schmerzensgeld beansprucht werden. Wenn jedoch der Nadelstich zu einer schmerzhaften Entzündung wird, wäre es unbillig, dem Verletzten den Ersatz der Arztkosten und ein Schmerzensgeld zu versagen. Eine andere Frage ist es, ob es erwünscht ist, bei diesen Fällen leichterer Vertragsverletzungen den Verletzer ebenso weitgehend haften zu lassen, wie bei der Verletzung allgemeiner Rechtspflichten, also auch auf Schmerzensgeld. Vom jetzigen Stande unserer Gesetzgebung aus gesehen, die bei leichtfahrlässiger Verletzung allgemeiner Rechtspflichten den Schuldner auch auf Schmerzensgeld haften läßt, würde es nur folgerichtig sein, die gleiche Haftung

[69]) Hedemann S. 430; Heck S. 448.
[70]) Hedemann a. a. O.

auch bei leichtfahrlässigen Vertragsverletzungen eintreten zu lassen. Erst nach grundsätzlicher Bejahung der Haftung auf Schmerzensgeld im Vertragsrecht kann geprüft werden, ob nicht wegen der Geringfügigkeit der Schuld das Schmerzensgeld ganz entfallen muß. Da dies aber nicht der einzige für die Bemessung maßgebende Umstand ist, kann es sehr wohl sein, daß die Billigkeit aus anderen Gründen, insbesondere z. B. wegen der schwerwiegenden Folgen der Verletzung die Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens erfordert.

b) Anders verhält es sich in den Fällen, wo eine Einwilligung des Verletzten in die sonst unerlaubten Einwirkungen auf seinen Körper vorliegt, z. B. zur Vornahme ärztlicher Eingriffe. Denn die Einwilligung in eine Verletzung macht diese erlaubt, unabhängig davon, ob sonst der Verletzer nach vertraglichen oder nach Unrechtsvorschriften dafür einzustehen hat. Für das Gebiet der Körperverletzungen ist seit der Strafrechtsnovelle vom 26. V. 1933 die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund anerkannt. Wenn die schädigende Handlung rechtmäßig ist, ist sie daher auch vertraglich erlaubt. Schranken für die Einwilligung ergeben sich durch das Gesetz, z. B. aus dem Verbot des Zweikampfs mit tödlichen Waffen (§ 201 StGB) oder aus den guten Sitten.

c) In einer anderen Gruppe von Fällen ist die Rechtswidrigkeit und damit die Unrechtshaftung ausgeschlossen, während dennoch nach dem Vertrage gehaftet werden muß. Wenn nämlich im Vertrage die Einwirkung auf die Güter des anderen Teils gestattet wird, so ist diese Einwirkung nicht rechtswidrig, weil sie ja der Erfüllung des Vertrages dient. Aber sie wird auch nicht dadurch rechtswidrig, daß sie versehentlich über das Gestattete hinausgeht, sofern sie noch Zwecke der vertraglich verabredeten Einwirkung verfolgt. Diese Auslegung wird durch Treu und Glauben und die Verkehrssitte gefordert. Ein Arzt, der versehentlich durch einen Eingriff mit dem Messer einen entbehrlichen Schnitt vornimmt, hält sich immer noch im Rahmen der ihm gestatteten Einwirkungen. „Die Widerrechtlichkeit und damit die Haftbarkeit des Arztes aus § 823 ist aber ausgeschlossen, wenn und soweit der Kranke und sein gesetzlicher Vertreter in die Verletzung eingewilligt hat. Wo solche Einwilligung besteht, kann der Arzt dem Kranken gegenüber aus dem Kunstfehler nur nach den Vertragsgrundsätzen haften", sagt das Reichsgericht[71]). Der

[71]) RG in JW 1912, 449.

Entscheidung ist darin zuzustimmen, daß durch die Einwilligung in die ärztliche Behandlung die Widerrechtlichkeit und damit die Unrechtshaftung, nicht aber die Vertragshaftung ausgeschlossen wird. Allerdings ist richtig zu stellen, daß der vom Reichsgericht gebrauchte Ausdruck „Einwilligung" hier mißverständlich ist. Denn um eine Einwilligung handelt es sich nicht, weil der Kranke oder sein gesetzlicher Vertreter vernünftigerweise nicht in die Begehung eines Kunstfehlers einwilligen wird. Es liegt eine Gestattung zu den mit einer ärztlichen Behandlung verbundenen Einwirkungen vor, unter der Voraussetzung, daß unnötigerweise zugefügte Schäden wieder gutgemacht werden müssen. Weder im Sinne des Strafrechts noch nach bürgerlichem Recht ist hier ein Delikt anzunehmen. Ein Vertrag schließt eben häufig die Befugnis zu Handlungen und Maßnahmen in sich, die, für sich allein betrachtet, verboten sein würden [72]).

Zu dieser Gruppe von Fällen gehört auch der lehrreiche Fall, in welchem das Oberlandesgericht Braunschweig bei Verletzung eines Hausknechts das beanspruchte Schmerzensgeld versagte, weil nur eine Haftung des Dienstherrn aus Vertrag anerkannt wurde [73]). Der Hausknecht hatte Kalk gelöscht und dabei auf Anordnung des Dienstherrn etwas von dem kochenden Kalk herausgenommen, wobei er einen Unfall erlitt. Ganz klar läßt der mitgeteilte Tatbestand nicht erkennen, wie die Verletzung zustande gekommen ist. Sicher ist jedoch, daß die Annahme einer nur vertraglichen Haftung des Dienstherrn zutreffend erscheinen kann. Wenn nämlich die Aufforderung, etwas von dem kochenden Kalk herauszunehmen und die Ausführung dieses Auftrags durch den Hausknecht zu den bei solchen Arbeiten im allgemeinen zu erledigenden Tätigkeiten gehört, dann ist nur eine vertragliche Haftung gegeben. Es soll einmal angenommen werden, daß der Dienstherr den Knecht aufforderte, etwas Kalk herauszunehmen, um sich von seiner Beschaffenheit zu überzeugen. In § 618 Abs. 1 BGB ist bestimmt, daß der Dienstherr bei den Dienstleistungen, die unter seiner Leitung stehen, dafür Sorge zu tragen hat, daß Gefährdungen von Leben und Gesundheit vermieden werden, soweit die Eigenart der Dienstleistung es gestattet. Hier hätte eine Entnahme der Kalkprobe vielleicht auf weniger gefahrvolle Weise erfolgen können. Wenn der Dienstherr dies hätte erkennen können, muß ihm allerdings der Vorwurf fahrlässigen Verhaltens gemacht werden. Wenn sein Ver-

[72]) Crome DJ 1904, 8; Heck S. 448.
[73]) OLG 22, 99.

halten auch schuldhaft ist, so ist es doch nicht rechtswidrig, da die Anordnung, eine Kalkprobe zu entnehmen, vertraglich erlaubt war. Die hiermit verbundene Gefährdung des Hausknechts war nach Art der Dienstleistung gestattet, worauf § 618 Abs. 1 ausdrücklich hinweist. Ein rechtswidriges Verhalten des Dienstherrn würde in diesem Falle nur zu bejahen sein, wenn er eine falsche oder überflüssige Anordnung getroffen hätte.

Aus diesen Gründen ist auch die Meinung von Josef abzulehnen, der in dem vom Oberlandesgericht Braunschweig entschiedenen Fall auch das Vorliegen einer Unrechtshandlung erblicken will, um dem Verletzten ein Schmerzensgeld gewähren zu können[74]). Er begründet dies damit, daß der Dienstherr Gerätschaften und Einrichtungen so in Ordnung halten müsse, daß Dritte, wenn die Benutzung solcher Gerätschaften durch sie naheliegend erscheine, sich nicht verletzen könnten. Diese verkehrsüblichen Maßregeln zu treffen, um das Herausspritzen des Kalks zu verhindern, hätte der Dienstherr im vorliegenden Falle versäumt. Diesen Ausführungen ist jedoch entgegen zu halten, daß es einen Unterschied macht, ob ein Dritter ohne Auftrag Arbeiten für einen anderen ausführt oder ob dies durch einen dazu Bestellten geschieht. Das Gesetz macht aber einen solchen Unterschied in § 618 Abs. 1: Dem Arbeiter gegenüber ist der Dienstherr nur zur Verhütung von Gefährdungen verpflichtet, soweit die Eigenart der Dienstleistungen es gestattet, Dritten gegenüber ist er zu anderen, unter Umständen viel weitergehenden Vorsichtsmaßnahmen gehalten. Daher muß ein Unternehmer, wenn Kinder in der Nähe seiner nicht zugedeckten Kalkgrube zu spielen pflegen, diese absperren oder in anderer Weise sichern. Aus diesem Fall Rückschlüsse auf den anderen zu ziehen, ist nicht möglich, weil beide ganz verschieden sind. Durch vertragliche Abmachungen oder wie im Falle des § 618 Abs. 1 durch gesetzliche Vorschriften kann eine Handlung, die im allgemeinen rechtswidrig ist, zu einer rechtmäßigen werden. Daraus entstehende Schäden brauchen dementsprechend nur ersetzt zu werden, soweit es sich aus dem Vertrage ergibt. Aber nur in den Fällen, wo die Möglichkeit von Verletzungen mit der Durchführung des Vertrages verbunden ist oder die Gefahr von Verletzungen durch einen Vertragsteil aus freien Stücken auf sich genommen wird, ist die Rechtswidrigkeit und damit die Haftung aus unerlaubter Handlung abzulehnen[75]). Viel weitergehend ist die An-

[74]) Josef, Recht 1913 Sp. 658 ff.
[75]) Vgl. RG 141, 262.

sicht, die eine Haftung aus unerlaubter Handlung immer schon dann ausschließen will, wenn zwischen der schädigenden Handlung und der Vertragserfüllung ein innerer Zusammenhang besteht[76]).

Auf eine Gruppe von eigenartigen Fällen, die den soeben besprochenen verwandt sind, hat Prym aufmerksam gemacht[77]). Bei diesen Fällen liegt eine Einwilligung zu dem schadenbringenden Erfolg vor, so daß weder von einer Unrechtshandlung noch von einer Vertragsverletzung die Rede sein kann. Dennoch steht dem Gläubiger im Falle des Schadenseintritts ein Anspruch aus dem Vertrage zu. Wenn sich z. B. jemand einem Arzt zur versuchsweisen Anwendung von Arzneimitteln oder zu Blutübertragungen zur Verfügung stellt, ist darin eine ausdrückliche oder stillschweigende Einwilligung in die entstehenden Schädigungen zu erblicken. Aber dieses Einverständnis ist regelmäßig davon abhängig gemacht, daß die Schäden ersetzt werden. Wenn keine bestimmte Vergütung zur Abgeltung aller Schäden ausgemacht ist, so ergibt sich bei vernünftiger Auslegung des Vertrages, daß der Schaden in vollem Umfange, als auch einschließlich eines angemessenen Schmerzensgeldes zu ersetzen ist.

d) Bei einer anderen Gruppe von Fällen ist nur ein vertraglicher Anspruch auf Schadensersatz gegeben, weil es für die Unrechtshaftung an dem Erfordernis des außervertraglichen Verschuldens fehlt. Hier ist an die Fälle zu denken, wo durch bloße Vertragsverletzung, sei es verspätete oder nicht richtige Leistung, der eine Teil an Körper oder Gesundheit geschädigt wird, ohne daß dies für den anderen voraussehbar war. Denn es genügt, wenn der erste rechtswidrige Erfolg der schuldhaften Handlung voraussehbar war. Wenn z. B. der Verkäufer einer Sache erkennen mußte, daß sie bei nicht fristgemäßer Absendung verspätet beim Besteller ankommen muß, ist er zur Ersetzung des hieraus entstehenden Schadens verpflichtet. Wenn nun hierbei auch ein Gesundheitsschaden sich einstellt, z. B. weil ein schmerzstillendes Arzneimittel nicht rechtzeitig abgesandt wurde, aber die Entstehung der Gesundheitsschädigung nicht voraussehbar war, dann liegt keine Unrechtshandlung vor, weil § 823 Abs. 1 erfordert, daß die Verletzung der dort genannten Güter dem Täter erkennbar sein muß. Eine Haftung aus dem Vertrage kann dennoch in Frage kommen; nämlich in allen den Fällen, bei denen der voraussehbare rechtswidrige erste Erfolg einer Handlung nur eine Forderungsverletzung

[76]) Vgl. OLG 17, 409 und Anm. 27.
[77]) Prym S. 27.

war, und erst der daraus entstehende weitere Schaden eine Verletzung des Körpers oder der Gesundheit mit sich bringt.

e) Körperverletzungen und Gesundheitsschädigungen, für die nur auf Grund eines Vertrages Schadensersatz beansprucht werden kann, können sich auch aus der Bestimmung des § 287 Satz 2 BGB ergeben, nach welcher der Schuldner auch für die während des Verzuges durch Zufall eintretende Unmöglichkeit verantwortlich ist. Wenn z. B. eine Arzneimittelgroßhandlung ein bestelltes Serum gegen Schlangenbiß verspätet zur Versendung bringt und das Mittel auf der Bahn ohne Schuld der Großhandlung verloren geht, haftet sie dem Besteller, wenn er von einer Schlange gebissen wird, nachdem er im Besitz der Arznei hätte sein können. Eine Haftung aus unerlaubter Handlung entfällt aber deshalb hier, weil das nachlässige Verhalten der Großhandlung nur infolge ganz ungewöhnlicher Umstände zu einer Bedingung der Gesundheitsschädigung wurde. Es besteht daher kein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem Verhalten der Großhandlung und den eingetretenen Gesundheitsschäden. Für die vertragliche Verpflichtung zum Schadensersatz auf Grund des § 287, Satz 2 BGB ist ein ursächlicher Zusammenhang in diesem Sinne zwischen dem zufälligen Ereignis und der Unmöglichkeit aber nicht erforderlich. Es genügt, wenn ein ursächlicher Zusammenhang zwischen dem nachlässigen Verhalten und der Unmöglichkeit der Leistung, d. h. hier dem Untergang der Arzneiflaschen besteht. Die Großhandlung muß also aus dem Vertrage dem Verletzten den durch die Wirkung des Schlangengifts entstandenen Schaden in vollem Umfange ersetzen.

f) Auch in den Fällen, wo der vertragliche Anspruch neben dem Anspruch aus unerlaubter Handlung gegeben ist und daher zunächst ohne weiteres auf Schmerzensgeld geklagt werden kann, ist die Frage der Gewährung von Schmerzensgeld bei bloßer Vertragshaftung von Wichtigkeit. Wenn nämlich auch in den Fällen des Nebeneinanderbestehens des Vertrags- und Unrechtsanspruchs der eine auf den Bestand des anderen keinen Einfluß hat, so verschmelzen die Ansprüche doch nicht zu einem einzigen. Sie bleiben selbständig und können auch unabhängig von einander gerichtlich geltend gemacht werden. Dabei ergibt sich aber die Verschiedenheit, daß der Unrechtsanspruch innerhalb von drei Jahren nach Kenntnis von dem schädigenden Ereignis geltend gemacht werden muß, während für den Vertragsanspruch die regelmäßige Verjährungsfrist von dreißig Jahren gilt. Die Bedeutung dieses Unterschiedes in der Verjährungsfrist bei den beiden Haftungs-

arten ist nicht gering anzuschlagen. Man kann sie an folgendem Fall leicht ermessen: ein Schauspieler zieht sich durch ein Verschulden der Bühnenleitung eine solche Erkältung zu, daß er eine ständige Heiserkeit behält und in ersten Rollen nicht mehr auftreten kann. Die Bühnenleitung beschäftigt ihn nun noch über drei Jahre bis zum Ablauf seines Vertrages in Nebenrollen. Der Schauspieler erhebt aus verständlichen Gründen jetzt erst Klage. Er kann aber kein Schmerzensgeld beanspruchen, da der Unrechtsanspruch verjährt ist.

g) Bei dem Nebeneinanderbestehen von Vertrags- und Unrechtshaftung für eine Körperverletzung hängt nach herrschender Anschauung, welche die Wiedergutmachung von Nichtvermögensschaden durch Geld nur bei Unrechtshaftung gewährt, die Erlangung eines Schmerzensgeldes von der Beweismöglichkeit des Anspruchs aus unerlaubter Handlung ab. Seine Voraussetzungen sind aber regelmäßig schwerer zu beweisen, als die des vertraglichen Anspruchs. Bei dem letzteren genügt es, wenn der Kläger die Vertragsverletzung beweist. Bestreitet sie der Schuldner, so muß er gemäß den §§ 282, 285 BGB und entsprechend auch im Falle einer positiven Vertragsverletzung beweisen, daß er die Verletzung nicht zu vertreten hat. Anders verhält es sich bei der Klage aus unerlaubter Handlung. Hier muß der Gläubiger nach der Regel, daß der Kläger die Voraussetzungen seines Anspruchs zu beweisen hat, außer der Verletzung das Verschulden des Täters und den ursächlichen Zusammenhang zwischen der schädigenden Handlung und dem eingetretenen Erfolg beweisen. Wegen dieser Schwierigkeit des Beweises muß der Anspruch aus unerlaubter Handlung häufig entfallen.

Die Gewährung von Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden bei Vertragshaftung durch Anlehnung an die Unrechtshaftung.

1. Die Zubilligung eines Schmerzensgeldes bei bloßer Vertragshaftung läßt sich auf dem üblichen Wege, einen Lebenstatbestand einer rechtlichen Bestimmung unterzuordnen (sog. Konstruktion), nicht erreichen. Einer solchen unmittelbaren Anwendung der Vorschrift des § 847 BGB steht nach Ansicht der herrschenden Meinung das bereits erwähnte Bedenken entgegen, daß sie in den Abschnitt des BGB über die unerlaubten Handlungen aufgenommen worden ist. Liegt keine Unrechtshandlung vor, so fehlt es an einem Tatbestandmerkmal des § 847 und seine unmittelbare Anwendung im Vertragsrecht erscheint ausgeschlossen. Bei diesem Ergebnis ist die heute auch noch allgemein herrschende Ansicht stehen geblieben, obwohl ihre Gründe heute nicht mehr überzeugend wirken[78]). Das grundlegende Urteil des Reichsgerichts in dieser Frage, das bis heute für die Beschränkung des Schmerzensgeldes auf die Fälle der Unrechtshaftung maßgebend gewesen ist, kann in seiner Begründung nicht befriedigen. Die in Frage kommenden Ausführungen der Urteilsgründe lauten folgendermaßen: „Nun ordnet aber der § 847 Abs. 1 BGB eine solche Entschädigung für Körper- und Gesundheitsverletzungen nur im Falle einer unerlaubten Handlung an, wie sich daraus ergibt, daß § 847 nur im Zusammenhang des Titels von den unerlaubten Handlungen eine der näheren Bestimmungen über die Art des für solche zu leistenden Schadensersatzes trifft. Wer daher nur vertraglich für eine Körper- oder Gesundheitsschädigung einzustehen hat, der braucht für den durch diese bewirkten Nichtvermögensschaden keinen Ersatz in Geld zu leisten, obwohl ein innerer Grund für diese Verschiedenheit der Haftung aus Verträgen und aus unerlaubten Handlungen vielleicht nicht aufzufinden ist.“ [79])

Es wird also zugegeben, daß die unterschiedliche Haftung aus

[78]) Vgl. Anm. 45.
[79]) RG 65, 21.

Vertrag und Unrecht hinsichtlich des Schmerzensgeldes vielleicht nicht gerechtfertigt sei. Wenn man aber diesen Zweifeln sogar Ausdruck verlieh, wäre es erst recht erforderlich gewesen, denselben nachzugehen. Denn jedes Gericht muß doch die Überzeugung haben, daß der die Entscheidung tragende Gedanke auch wirklich innerlich gerechtfertigt ist. Diese Untersuchung wäre deshalb um so notwendiger gewesen, weil die Gründe, aus welchen ein Schmerzensgeld abgelehnt wurde, gleichfalls sehr angreifbar sind. Es bedarf keiner näheren Erörterung, um darzulegen, daß der bloße Wortlaut einer Gesetzesvorschrift oder ihre Stellung innerhalb eines bestimmten Gesetzesabschnitts nicht allein für ihre Bedeutung maßgebend sein kann. Welche Lebenstatbestände von einer Vorschrift erfaßt werden, läßt sich nur aus ihrem Sinn entnehmen. Der wirkliche Sinn ist immer der, welcher der Vorschrift den größten Lebenswert gibt, da alle Rechtsvorschriften nur den Zweck haben, dem Leben zu dienen. Hätte das Reichsgericht geprüft, ob der im § 847 enthaltene Gedanke auch im Vertragsrecht anzuwenden sei, hätte es feststellen müssen, daß ein innerer Grund für die Verschiedenheit der Haftung aus Vertrag und Unrecht, soweit es sich um die Verletzungen der Person handelt, nicht nur vielleicht, sondern tatsächlich nicht besteht.

2. Die Ansicht, daß Schmerzensgeld nur bei Unrechtshaftung gewährt werden könne, stützt sich einerseits auf die grundsätzliche Ablehnung der Geldentschädigung in § 253 BGB, zum anderen darauf, daß § 847 in den Bestimmungen der §§ 823—853 BGB über die unerlaubten Handlungen enthalten ist. Durch dieses Ausgehen vom bloßen „Wortlaut" des Gesetzes läßt sich der Gehalt einer Vorschrift noch nicht erschöpfen. Der Wortlaut ergibt meist nur einen vorläufigen Sinn. Um den eigentlichen Sinn zu ermitteln, ist es notwendig, die Lebensvorgänge zu betrachten, denen die Vorschrift dienen will. Im Falle des § 847 handelt es sich um die Wiedergutmachung auch der nicht das Vermögen berührenden Schäden, soweit sie infolge einer Körperverletzung, Freiheitsberaubung und Verletzung der weiblichen Geschlechtsehre entstanden sind. Die von der Regel des § 253 BGB abweichende Berücksichtigung dieser Schäden und ihre Wiedergutmachung durch Geldentschädigung entspringt dem Bedürfnis, in den wichtigsten Fällen der Verletzung der Person einen möglichst vollständigen Ausgleich für den eingetretenen Schaden zu schaffen. Denn gerade bei den Verletzungen der Person treten regelmäßig Schäden, insbesondere Schmerzen und sonstige Beeinträchtigungen auf, die das Vermögen

nicht berühren, aber für den Verletzten ebenso schwerwiegende Folgen haben können, wie eine unmittelbare Vermögensminderung. Das nähere hierüber haben wir oben im 2. Abschnitt dargelegt. Da unser Recht auf dem Standpunkt steht, daß ein angerichteter Schaden von dem, der ihn schuldhaft verursacht hat, zu ersetzen ist, mußte es auch die oft sehr bedeutenden nicht das Vermögen betreffenden Schäden berücksichtigen. Die Gefahren, die in der Übergehung dieser auf den ersten Blick nicht immer klar zu Tage tretenden Schäden liegen, hat der Gesetzgeber erkannt. Er hat deshalb in den Fällen der §§ 847, 1300 BGB und vereinzelt auch in anderen Gesetzen die Wiedergutmachung der nicht das Vermögen betreffenden Schäden angeordnet. Dabei hat man sich darauf beschränkt, dieses allgemein empfundene Bedürfnis bei den wichtigsten Verletzungen der Person gesetzlich anzuerkennen, ohne im Einzelnen die in Betracht kommenden Lebenstatbestände näher ins Auge zu fassen. Als Vorbild für die Aufnahme des § 847 in das BGB dienten die strafrechtlichen Bestimmungen über die Buße, in denen das Bedürfnis nach Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens bei Körperverletzung und Gesundheitsschädigung bereits anerkannt war[80]). Die Möglichkeit einer Körperverletzung unter Vertragsgenossen, die sich nicht als unerlaubte Handlung darstellt, haben die Gesetzesverfasser gar nicht ins Auge gefaßt, weil sie eine Erforschung der in Betracht kommenden gattungsmäßigen Bedürfnisse für die Ersetzung des Nichtvermögensschadens nicht vorgenommen haben. Vielleicht hat man in dem Glauben davon Abstand genommen, daß alle Fälle von Körperverletzungen durch § 847 BGB gedeckt seien. Jedenfalls läßt sich aus dem Fehlen einer Erörterung der möglichen Fälle von Körper- und Gesundheitsverletzungen, in denen ein Bedürfnis nach Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens in Betracht kommen könnte, nicht entnehmen, daß die Verfasser des Gesetzes ein solches Bedürfnis bei Vertragsbrüchen verneinen wollten. Als später von der 2. Kommission einmal ein solcher Fall behandelt wurde, nämlich der jetzige § 618 BGB (s. unten S. 57), war die Bestimmung des § 847 BGB bereits unter die unerlaubten Handlungen eingereiht. Da das Gesetz über die Berücksichtigung des Nichtvermögensschadens bei vertraglichen Verletzungen schweigt und weder das Gesetz noch die Gesetzesmaterialien einen Anhaltspunkt dafür geben, daß die Berücksichtigung dieser Schäden im Vertragsrecht ausgeschlossen sein sollte, muß die Antwort auf die Frage nach der Behandlung

[80]) Mot. II 22.

der gleichfalls schutzbedürftigen nur vertraglichen Körperverletzung im Wege der Auslegung des Gesetzes gesucht werden. Es liegt nahe, diese Lösung in dem Erstrecken des § 847 auch auf die schutzbedürftigen Fälle nur vertraglicher Körperverletzungen zu erblicken. In der Tat würde dadurch eine befriedigende Behandlung der nicht vom Gesetzeswortlaut erfaßten Fälle möglich. Wir haben bereits dargelegt, daß im wesentlichen die vertraglichen Körperverletzungen, die sich meist als positive Vertragsverletzungen darstellen, den allgemein verbotenen Körperverletzungen ähnlich sind. Es ist nun noch darzutun, daß der Grundgedanke des § 847 auch diese Fälle mitumfaßt.

Wie wir bereits gesehen haben, steht die Entstehungsgeschichte des § 847 der Annahme nicht entgegen, daß in § 847 der allgemeine Grundsatz der Wiedergutmachung von Nichtvermögensschaden durch Geld im Falle einer Körperverletzung, Freiheitsberaubung oder Verletzung der Geschlechtsehre enthalten sei. Das Gesetz selbst, der denkgerechte Zusammenhang des § 847 mit anderen Grundsätzen, insbesondere dem des § 253 BGB widerspricht der Erstreckung des § 847 auf das Vertragsrecht gleichfalls nicht. Zwar könnte man bei einem vergleichenden Überblick über die Rechtsfolgen von Vertragsverletzungen und unerlaubten Handlungen meinen, man habe es mit zwei ganz verschiedenen Unrechtsarten zu tun. Allein die ins Auge springenden Unterschiede zwischen beiden Haftungsarten bestehen in Wahrheit nur zum Teil, nämlich nur für die Vertragsverletzungen, die regelmäßig nur zur Unmöglichkeit oder Verzögerung der versprochenen Leistung führen. Die vom Gesetz nicht geregelten sog. positiven Vertragsverletzungen stimmen dagegen in ihren wesentlichen Merkmalen mit den unerlaubten Handlungen überein (s. oben S. 21).

a) Man könnte nun auch noch einwenden, daß zwar grundsätzlich für Körperverletzungen eines Vertragsgenossen gehaftet werden müsse, aber nicht so weitgehend, wie für die allgemein verbotenen Körperverletzungen, also insbesondere nicht auch auf Schmerzensgeld. Denn die unerlaubten Handlungen seien schwereres oder ganz anderes Unrecht als Vertragsverletzungen. Tatsächlich erwecken sie ja insofern in größerem Maße den Anschein des Verbotenen und Unerlaubten, als sie jedermann gegenüber verboten sind, während ein vertragliches Unrecht überhaupt nur dem anderen Vertragsteil zugefügt werden kann. Aber dieser Unterschied ist für die Schwere des zugefügten Unrechts belanglos, da z. B. eine Körperverletzung, die auf einen Vertragsbruch zurückgeht,

ebenso schwerwiegende Folgen haben kann wie eine unerlaubte Handlung. Ferner verdient eine solche Vertragsverletzung aber regelmäßig gerade deshalb eine strengere Beurteilung, weil die allgemeine Rechtspflicht, niemanden körperlich zu verletzen, dem anderen Vertragsteil gegenüber durch besondere Abrede verstärkt ist. Denn bei engerer Berührung auf Grund vertraglicher Beziehungen besteht eine erhöhte Gefahr der Verletzung von Gütern des anderen Vertragsteils. Daher vergrößert sich auch entsprechend die Obhutpflicht, den anderen Teil vor Verletzungen zu bewahren. Wenn z. B. ein Kindermädchen ein kleines Kind, zu dessen Beaufsichtigung es angestellt ist, beim Spielen an einem Seeufer ertrinken läßt, ist dies eine gröbere Pflichtverletzung als die eines jungen Mannes, der zufällig des Weges kommt, mit dem Kind spielt und es dabei aus Unachtsamkeit den Tod finden läßt. Bei dem Mädchen müßte man eine grobe Fahrlässigkeit annehmen, während die des jungen Mannes geringer zu beurteilen wäre. Daß die unerlaubten Handlungen regelmäßig schwereres Unrecht seien als Vertragsverletzungen, läßt sich daher weder hinsichtlich der Folgen noch hinsichtlich der Schuld des Verletzers feststellen. Häufig ist das Gegenteil der Fall. Selbst wenn man aber die unerlaubten Handlungen als schwerwiegenderes Unrecht betrachten wollte, ist dem entgegen zu halten, daß unser Gesetzbuch sonst ohne Rücksicht auf die Schwere des Verschuldens Schadensersatz bei Vertrags- und Unrechtshaftung in gleichem Umfange gewährt. Warum bei der Wiedergutmachung nichtvermögensrechtlicher Schäden hiervon eine Ausnahme gemacht werden soll, ist nicht einzusehen [81]).

Eine andere Ansicht betrachtet die Unrechtsvorschriften als Strafbestimmungen, die wegen ihres besonderen Gepräges einer Ausdehnung auf vertragliche Verhältnisse nicht fähig seien. Man hat beobachtet, daß regelmäßige Voraussetzung der Unrechtshandlungen wie der öffentlichen Vergehen ein schuldhaftes und rechtswidriges Verhalten sei. Aus diesem Grunde hat man die Unrechtshandlungen wohl auch als Privatdelikte bezeichnet [82]). Allerdings hat man sie nicht offen als Strafbestimmung bezeichnet, sondern sich damit begnügt, ihre Verwandschaft zu den öffentlichen Vergehen zu betonen [83]). Von Endemann ist die Ansicht vertreten worden, die Verwandtschaft der unerlaubten Handlungen mit den öffentlichen Vergehen erfordere eine entsprechende Anpas-

[81]) so auch Heck S. 57.
[82]) Siber S. 447.
[83]) v. Liszt S. 1.

sung. Die im Strafrecht geschützten Güter müßten daher auch im bürgerlichen Recht Anerkennung finden. So erkläre es sich, daß das BGB bei den unerlaubten Handlungen den Umfang der geschützten Rechtsgüter weit über den Kreis der im übrigen dem bürgerlichen Verkehr unterstellten ausdehne. Leben, Gesundheit, Freiheit und Geschlechtsehre seien ausdrücklich genannt und ferner werde der Rechtsschutz auf alle durch Schutzgesetz gesicherten Rechtsgüter erstreckt. Die weitere Folge sei, daß der Schadensersatz bei den unerlaubten Handlungen nicht nur den Ausgleich des Vermögensschadens, sondern auch die Einbuße in der Erwerbsfähigkeit und den Nichtvermögensschaden umspanne[84]). Aber diese Ansicht, nach der sich die Gewährung von Schmerzensgeld bei Vertragshaftung wegen der fehlenden Verwandtschaft zu den öffentlichen Vergehen verbieten würde, läßt sich mit ihren eigenen Gründen widerlegen. Denn grundsätzlich wird ja die Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens auch außerhalb der Unrechtshaftung zugelassen (§ 249 BGB), nur die Vergütung in Geld ist ausgeschlossen. Daß eine Geldvergütung nur bei den unerlaubten Handlungen ausdrücklich zugelassen wurde, erklärt sich nicht aus ihrer Verwandtschaft mit den öffentlichen Vergehen, sondern aus der geschichtlichen Entwicklung. Früher fielen Entschädigung und Strafe nämlich zusammen. Vom Augenblick ihrer Trennung ab hatte jedoch der Entschädigungsanspruch nur noch den Zweck, dem Vermögensausgleich zu dienen. Für unsere heutigen Anschauungen würde es befremdlich wirken, in der Verurteilung zum Ersatz der Arzt- und Kurkosten bei einer Körperverletzung den Zweck der Abschreckung, Sicherung oder Vergeltung zu erblicken. Daß die Verurteilung des Schädigers zum Ersatz ebenso wie seine Bestrafung in dem Verletzten ein Gefühl der Genugtuung hervorrufen kann, reicht nicht aus, um eine Verwandtschaft zwischen Schadensersatz und Strafe zu begründen. Es handelt sich in beiden Fällen lediglich um die gleichen Nebenwirkungen, die unbeabsichtigt verschiedenartigen Rechtseinrichtungen entspringen.

b) Mit dem Anschein einer größeren Berechtigung könnte wenigstens die Bestimmung des § 847 als eine Strafvorschrift aufgefaßt werden, durch die dem verletzten Rechtsgefühl Genugtuung für die erlittenen Kränkungen gegeben werden solle. In diesem Sinne hat v. Jhering ausgeführt, daß nicht diese Schäden selbst, das Ungemach, in das man gerät, das Drückende und Verletzende

[84]) Endemann 5. Aufl. Bd. 1, § 86 I 2.

dabei seien, sondern das bittere Gefühl, daß das gute Recht mit Füßen getreten werden könne, ohne daß es dagegen eine Hilfe gäbe[85]). In Weiterbildung dieses Gedankens, der das Schwergewicht auf die Kränkung des Rechtsgefühls legt, haben Cosack-Mitteis das Schmerzensgeld als Privatstrafe aufgefaßt, die den Zweck habe, dem Verletzten nicht nur den entstandenen Schaden abzunehmen, sondern auch das an ihm begangene Unrecht zu sühnen[86]). Es ist zuzugeben, daß bei Ersetzung des Nichtvermögensschadens sich insofern ein Berührungspunkt zwischen Schadensersatz und Strafe ergibt, als in beiden Fällen dem Verletzten auf Kosten des Verletzers durch Zufügung eines Übels Genugtuung verschafft wird. Es bleibt jedoch als maßgeblicher Unterschied, daß das Schmerzensgeld diesem Zweck nicht in erster Linie dienen soll. Sein eigentlicher Zweck ist vielmehr, den Schaden des Verletzten wieder gutzumachen. Die Strafe wird dagegen wegen des verbrecherischen Willens des Täters verhängt. Sie ist von einem Schaden nicht abhängig, da der verbrecherische Wille wegen seiner Gefährlichkeit auch dann bekämpft werden muß, wenn er im Versuch der Ausführung stecken geblieben ist. Das BGB spricht dagegen in den §§ 253 und 847 ausdrücklich von einem Schaden und seiner Ersetzung. Es ist ferner allgemein anerkannt, daß § 847 auch bei bloßer Zufallshaftung für Tierschaden gilt. Hier könnte man doch deshalb keine Strafe annehmen, weil eine Bestrafung ohne Schuld ihren Zweck verfehlen würde. Ferner kann gemäß § 267 Abs. 1 BGB auch ein Dritter die Schmerzensgeldsumme zahlen, wie dies regelmäßig z. B. die Versicherungsgesellschaften für den Haftpflichtversicherten besorgen. Die Bezahlung einer Geldstrafe für den Täter ohne Rückerstattungspflicht wäre dagegen eine verbotene und strafbare Begünstigung[87]). Aus diesen Gründen kann der Strafzweck bürgerlich rechtlicher Bestimmung nicht anerkannt werden. Forderungen auf Privatstrafen waren übrigens schon dem gemeinen Recht fremd und sind ins BGB gewiß nicht aufgenommen.

Keinen Beweisgrund für den Strafzweck des Schmerzensgeldes bildet der Umstand, daß für die Aufnahme der Bestimmung des § 847 BGB die strafrechtlichen Bestimmungen über die Buße von ausschlaggebender Bedeutung gewesen sind. Hierüber berichten

---

[85]) v. Ihering, Kampf ums Recht S. 111.

[86]) Cosack-Mitteis § 148 I, 149; I, II; ebenso H. A. Fischer, Schaden, S. 262 ff.; Seng S. 364 ff.

[87]) RG Str. 30, 232.

die Motive wie folgt: „Sie (die Bestimmungen über die Buße) enthalten die Anerkennung, daß insbesondere für den Fall der Körperverletzungen ein Bedürfnis vorliegt, von dem strengen Grundsatz, daß wegen nichtvermögensrechtlicher Schädigungen Entschädigung nicht gefordert werden kann, abzuweichen und ausnahmsweise eine vom Gericht nach den Umständen des Falles zu bestimmende Geldentschädigung zuzulassen.“ [88]) Die Buße ist zwar herkömmlicherweise eine Einrichtung des Strafrechts, aber keine Strafe. Bei ihrer Bemessung kann allerdings der Gedanke der Genugtuung mitspielen. Im übrigen aber verfolgt sie andere Zwecke als die Strafbestimmungen des Strafgesetzbuchs. Sie ist ihrem Wesen nach eine Entschädigung, die nicht auf den Vermögensschaden beschränkt ist [89]).

Den Ausführungen der Motive ist darin zuzustimmen, daß gerade für den Fall der Körperverletzungen ein Bedürfnis für die Wiedergutmachung durch Geldentschädigung auch hinsichtlich der Nichtvermögensschäden besteht. Die Verfasser des BGB haben jedoch, als sie das Vorbild der Buße in das bürgerliche Recht übernahmen, offensichtlich nicht bedacht, daß es Körperverletzungen gibt, für die nur aus dem Vertrage gehaftet wird.

c) Ein bedeutendes Hindernis für die erweiterte Anwendung des Schmerzensgeldes ist zweifellos die Anschauung gewesen, daß der Geldersatz für Nichtvermögensschaden dem deutschen Rechtsempfinden widerstrebe. In den Protokollen ist hierzu ausgeführt, daß es der herrschenden Volksauffassung widersprochen hätte, die nichtvermögensrechtlichen Güter auf gleiche Stufe mit den Vermögensgütern zu stellen und einen „idealen“ Schaden in Geld aufzuwiegen [90]). Daß diese Auffassung nicht richtig sein kann, wird durch die Tatsache belegt, daß Jahrhunderte lang im deutschen Recht durch die Anerkennung der Bußen auch nichtvermögensrechtliche Schäden mit Geld wiedergutgemacht wurden. Da das geistige Gepräge eines Volkes sich nicht so leicht ändert, erscheint es wenig überzeugend, daß zur Entstehungszeit des BGB die Volksauffassung die Geldvergütung für Nichtvermögensschaden abgelehnt habe. Diese Anschauung scheint vielmehr auf einen Irrtum zurückzugehen, der durch den Gebrauch mehrdeutiger Fremdwörter entstanden ist. Da man die nichtvermögensrecht-

---

[88]) Mot. II S. 22.

[89]) Enneccerus-Lehmann § 449 III.

[90]) Prot. II, 620: „Ideeller“ Schaden ist ein Ausdruck der Gesetzesmaterialien; leider ebenso Staudinger Bem. 3 zu § 253 BGB.

lichen Schädigungen mit der Vorliebe des vorigen Jahrhunderts für Fremdwörter als Verletzung „idealer oder ideeller Interessen" bezeichnet hat und auch heute noch so zu bezeichnen pflegt[91]), kann nur zu leicht eine Verwechslung mit einem nur gedachten, gar nicht wirklichen Schaden vorkommen. Die Ersetzung eines nur „idealen", in Wirklichkeit gar nicht vorhandenen Schadens widerstrebt in der Tat der deutschen Auffassung. Wir halten es nicht für nachahmenswert, wenn der Richter in England dem Grundbesitzer, über dessen Stoppelfeld ein Reiter, ohne Schaden anzurichten, geritten ist, eine Geldsumme zuspricht. In der Nichtachtung fremden Eigentums oder der daraus entspringenden Befugnisse könnte nur dann eine schutzbedürftige Verletzung gesehen werden, wenn wirklich eine Beeinträchtigung persönlicher oder vermögensrechtlicher Belange eingetreten wäre. In dem obigen Beispiel handelt es sich aber nur um die Kränkung eines eigensüchtigen „Ideals", die keinen Rechtsschutz verdient[92]).

Hätte man in der Rechtssprache statt von der Verletzung „idealer Interessen" von Nichtvermögens s c h ä d e n gesprochen, wäre leichter erkannt worden, daß es sich dabei um wirkliche Schäden handelt, deren Wiedergutmachung unserem Rechtsempfinden nicht widerspricht. Je mehr die Bußen und Privatstrafen des altdeutschen Rechts außer Übung gekommen sind, desto unentbehrlicher erscheint eine großzügige und weitgehende Berücksichtigung nichtvermögensrechtlicher Schäden, was auch schon G i e r k e gefordert hat. Daß die Wiedergutmachung nur mit Geld erfolgen kann, darf dabei kein Hindernis ein. Es werden nicht Ideale in Geld aufgewogen, sondern das Geld als allgemeiner Wertvertreter, das den Schlüssel für alle möglichen „Entschädigungen" bietet, ist hier das einzige allgemein anwendbare und wirksame Mittel, um auch für Nichtvermögensschäden einen Ausgleich zu schaffen.

In diesem Zusammenhang erscheint eine Betrachtung der weltanschaulichen Lehren vom Lebenswert des Schmerzes unerläßlich. Uns allen sind die Forderungen der christlichen Religion, Leid und Schmerz mit Geduld und Ergebung zu tragen, geläufig. Die Schmerzen werden hier als eine von Gott gewollte Fügung aufgefaßt, deren Erduldung zu seelischer Stärkung führe. Eine ähnliche Auffassung vom Wert des Schmerzes herrschte auch im alten

---

[91]) z. B. Stoll § 50 III 1 c; „ideeller Schaden".

[92]) Ein weiteres Beispiel dieser Art ist bei Kohler, Ideale im Recht S. 263, angeführt: ein Engländer wurde zu 500 Pfd. „Schadensersatz" verurteilt, weil er einem anderen den Hut vom Kopfe gestoßen hatte.

Sparta, im alt-preußischen Soldatentum und z. B. auch in der Pflege der studentischen Mensur, wo durch Schmerz und Not den Menschen die Besiegung des Schmerzes anerzogen wurde. Die überragendste Ausprägung der heldischen Auffassung des Schmerzes finden wir bei Friedrich Nietzsche, der gesagt hat, daß durch die Wunde die Tapferkeit wachse (Götzendämmerung). Bei dieser Wertung des Schmerzes kommt uns die Frage, ob es überhaupt mit diesen Anschauungen, die in gewissem Maße Allgemeingut unseres Volkes sind, zu vereinbaren ist, für einen Schmerz, der gleichzeitig als ein Gut erscheint, eine Vergütung zu fordern, da wir ja durch die neuen Antriebe und Kräfte, die wir durch den Schmerz empfangen haben, reichlich belohnt werden.

Eine Antwort auf diese Frage vermag die verneinende Lehre Schopenhauers nicht zu geben, die im Schmerz immer ein Übel sieht. Diese Anschauung übersieht einfach die größeren Sinnzusammenhänge. Die richtige Antwort dürfte hier darin zu finden sein, daß der Schmerz sowohl ein Gut als auch ein Übel sein kann. Bei den Schmerzen, die heldisch ertragen werden und deren Überstehen wie eine Triebfeder des Lebens wirkt, handelt es sich regelmäßig um ein Mittel zum Zweck, Kräfte der Abwehr für künftige Leiden zu entwickeln. Diese freiwillig übernommenen Leiden scheiden für die Frage nach der Berechtigung des Schmerzensgeldes ganz aus. Es kommt im Leben nicht vor, daß hierfür Entschädigungen beansprucht werden; so wird es z. B. einem im Zweikampf Verletzten nicht einfallen, für die erduldeten Schmerzen ein Schmerzensgeld zu beanspruchen[93]). Anders ist es aber, wenn der Schmerz nicht nur eine Durchgangsstufe zu höheren Zielen ist. Diese Eigenschaft fehlt meistens den Schmerzen, die uns andere Menschen absichtlich oder aus Nachlässigkeit zufügen. Allerdings muß die heldische Auffassung des Schmerzes sich auch bei unerwartet eintreffenden Unglücken bewähren, wenn sie mehr als ein bloßer Vorwand sein soll. Aber diese Bewährung wird nur den wenigsten Menschen, denen Mut und Unempfindlichkeit gegenüber Schmerzen als erstrebenswertes Ziel vorschwebt, gelingen. Der Durchschnittsmensch wird ein unerwartetes Unglück immer als einen sinnlosen Schicksalsschlag empfinden. Die Versagung einer Entschädigung und die Verweisung auf die Tröstungen der Religion und Philosophie würde hier nur ungenügende Wirkungen zeitigen können und das Gefühl nach Genugtuung nicht zum Schweigen bringen.

[93]) Vgl. Staudinger Bem. 3 a zu § 847 BGB.

d) Von der Entwicklung überholt erscheinen die Bedenken, daß eine allgemeine und unbestimmte Vorschrift über die Gewährung von Geldvergütung für Nichtvermögensschäden eine einschneidende Neuerung gegenüber dem früheren Recht bedeuten würde[94]). Diese unbegründete Furcht vor Neuerungen ist hier um so weniger am Platze, wo es sich lediglich um die erweiterte Anwendung einer bereits anerkannten Rechtseinrichtung handelt. Im übrigen gilt aber auch hier, daß ein Fortschritt nur durch Neuerungen erzielt werden kann. Diese sind unserem Rechtsdenken auch sonst nicht fremd, da doch die Rechtsanwendung eine tägliche Erneuerung des Rechts bedeutet. Dieselben Gesetzesvorschriften werden von dem Geiste verschiedener Menschen, welche sie handhaben, und verschiedener Zeiten erfüllt. Ganz auffällig tritt diese ständige Rechtserneuerung in der Geschichte unseres BGB zu Tage, die nicht arm ist an bedeutenden Neuerungen, die lediglich von der Rechtsprechung und Rechtslehre ohne Inanspruchnahme des Gesetzgebers geschaffen wurden.

e) Von größerer Bedeutung ist, jedenfalls zur Zeit der Entstehung des BGB, der Einwand gewesen, daß durch allgemeine Anerkennung einer Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden dem Richter eine dem deutschen Recht fremde Macht gegenüber dem Streitverhältnis beigelegt würde und sich Schranken für das richterliche Ermessen kaum aufstellen lassen würden[95]). Dieser Standpunkt hat neuerdings durch Baur eine herbe Beurteilung erfahren. Mangelndes Vertrauen zum deutschen Richter und seinem Gerechtigkeitsgefühl seien für diese kleinliche Stellungnahme maßgebend gewesen. „Es war dies jener unglückselige Gedankengang, dem zufolge eine staatliche Einrichtung der anderen mißtrauen, die eine die andere beaufsichtigen mußte, nur um die Freiheit des Bürgers im liberalen Staat zu gewährleisten.“[96]) Diesen Ausführungen können wir uns vom heutigen Standpunkt aus gesehen anschließen. Es hat jedoch einer langsamen Entwicklung bedurft, bis die Erkenntnis sich bahnbrechen konnte, daß die Gesetzbücher nicht lückenlose und abschließende Regelungen sind. In dem Maße, wie diese Erkenntnis durchgedrungen ist, mußte auch dem Richter eine freiere Stellung eingeräumt werden. Da das Gesetz nicht für jeden Fall des vielgestaltigen Lebens einen Rechtssatz bereitstellen kann, aber andererseits der Richter jeden Rechts-

94) Mot. S. 22.
95) Mot. a. a. O., Laband S. 182.
96) Baur S. 20.

fall entscheiden muß, ist seine schöpferische Mitwirkung im Rahmen des Gesetzes notwendig. Er ist insoweit zur Ergänzung und Erweiterung der bestehenden Vorschriften nicht nur befugt, sondern auch verpflichtet. Daß der Richter in diesem Sinne frei im Gesetz ist, kann nicht bezweifelt werden. Um so weniger darf man sich scheuen, dem richterlichen Ermessen die Schätzung einer billigen Geldentschädigung für die Fälle des Schmerzensgeldes anzuvertrauen. Wenn es auch nicht möglich ist, bei Bemessung des Schmerzensgeldes eine dem wirklichen Schaden entsprechende Geldsumme festzusetzen, die ihn in Form einer Wertgleichung aufzuheben vermag, wie schon Degenkolb dargelegt hat, so kann dies doch kein ernsthaftes Hindernis für eine Schätzung durch den Richter bilden[97]). Denn gleiche Aufgaben sind dem Richter häufig gesetzt. Ähnlich der Schadensmessung bei Nichtvermögensschäden ist die Schwierigkeit der Strafzumessung im Strafverfahren. Hier wie auch in § 847 ist dem Richter die hohe Aufgabe anvertraut, das Recht als eine Kunst der richtigen Wertschätzung der menschlichen Güter und ihrer Lebensbedeutung anzuwenden[98]). Bei einer Gleichbehandlung des Vertragsrechts mit dem Recht der unerlaubten Handlungen würden sich die Fälle einer Haftung für Schmerzensgeld zwar zahlenmäßig vermehren, aber ihrer Art nach nicht verändern, so daß der Richter nicht einmal vor neue und andere Aufgaben gestellt wird, als das Gesetz selbst sie ihm schon zugeteilt hat.

Die Tatsache, daß die Stellung des Richters nach der heutigen Auffassung eine viel freiere ist, als sie zur Zeit der Entstehung des BGB war, könnte auf den ersten Blick die Gewährung von Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden im Vertragsrecht überflüssig erscheinen lassen. Der Richter könnte ja den Vermögensschaden so hoch bemessen, daß auch etwaige Nichtvermögensschäden mit berücksichtigt würden. Für diese Auffassung scheint das BGB selbst an einer Stelle eine Stütze zu bieten: In § 1715 Abs. 1 Satz 2 ist bestimmt, daß die Mutter eines unehelichen Kindes den gewöhnlichen Betrag der Entbindungskosten ohne Rücksicht auf den wirklichen Aufwand verlangen kann. Darin hat früher Endemann eine gleichzeitige Entschädigung für Nichtvermögensschaden gesehen[99]). Dem ist entgegen zu halten, daß das Gesetz nur von der Ersetzung der Entbindungskosten spricht und die

[97]) Degenkolb S. 25.
[98]) Kohler Bürg.A. 5, 161 ff.
[99]) Endemann Lehrb. 5. Aufl. Bd. 1, S. 476.

Wiedergutmachung der von der Mutter erlittenen nichtvermögensrechtlichen Schäden sicherlich besonders angeordnet worden wäre, wenn der Gesetzgeber eine Entschädigung hierfür hätte gewähren wollen. Daß immer die gewöhnlichen Kosten beansprucht werden können, bedeutet lediglich eine Beweiserleichterung [100]).

Selbst wenn die freiere Stellung des Richters auch eine großzügige Behandlung der Schadensfeststellung zuläßt, darf dies doch nicht zu einer Vermengung des Vermögensschadens mit dem Nichtvermögensschaden führen. Damit wäre im Streitfalle keiner der Parteien gedient. Der Schuldner würde bei einer Urteilsbegründung, die eine derartige Bemessung erkennen ließe, immer der Überzeugung sein, entgegen den gesetzlichen Bestimmungen zuviel bezahlen zu müssen; der Gläubiger dagegen würde das Gefühl haben, daß das Gesetz nur eine unzulängliche Entschädigung gewähre. Vor kurzem hat das Reichsgericht einen Fall behandelt, in dem der Gläubiger einen Vermögensschaden von RM 5000.— und einen Nichtvermögensschaden von RM 50 000.— geltend machte[101]). In welcher Höhe sollte der Richter, wenn beide Ansprüche berechtigt wären, den Nichtvermögensschaden berücksichtigen? Selbst eine reichliche Bemessung des Vermögensschadens z. B. bis auf RM 10 000.— würde in einem solchen Falle doch immer noch völlig unzureichend sein. Im übrigen würden einem solchen Verfahren bei der Schadensbemessung auch die Belange der Allgemeinheit entgegenstehen. Abgesehen von der Willkür in der Festsetzung der Schadenshöhe, würde eine außergerichtliche Erledigung von Schadensansprüchen zur Unmöglichkeit werden, da den Parteien keine klaren gesetzlichen Richtlinien zur Verfügung ständen. Die Mängel einer solchen Schadensfestsetzung sind in neuester Zeit von Möller eingehend dargelegt worden [102]). Für die Beibehaltung des Nichtvermögensschadens als eines besonders zu ersetzenden Schadens spricht auch die nicht gering anzuschlagende Genugtuungswirkung dieser Rechtseinrichtung. Jeder, der eine körperliche Verletzung erlitten hat, empfindet das deutliche Gefühl, daß mit der Ersetzung der Arzt- und Heilungskosten die Verletzung noch nicht wieder gutgemacht ist. Er will auch Entschädigung für die Schmerzen und Genugtuung für die Kränkung haben. Eine Höherbewertung des Vermögensschadens durch den Richter läßt daher den Ersatz des Nichtvermögensschadens nicht entbehrlich erscheinen.

---

[100]) gegen Endemann H. A. Fischer S. 298 Anm. 6.
[101]) RG 149, 157.
[102]) Möller S. 1 ff., bes. S. 140.

Diese Ansicht hat auch das Reichsgericht bereits in einem früheren Urteil ausgesprochen, in dem ausgeführt wird, daß reichliche Vergütung des Vermögensschadens den Anspruch aus § 847 nicht ausschließt[103]).

f) Von einer allgemeineren Gewährung von Geldersatz für nicht das Vermögen betreffende Schäden hat man befürchtet, daß daraus nur die weniger wertvollen Menschen Vorteile ziehen würden und Gewinnsucht, Eigensucht und Begehrlichkeit sich steigern würden[104]). Es mag richtig sein, daß in den Fällen der §§ 847 und 1300 meist eine höhere Entschädigung beansprucht wird, als sie der Richter nach Prüfung des Streitverhältnisses gewähren kann. Aber daß dies unlauteren Beweggründen entspringt, läßt sich regelmäßig nicht feststellen. Es liegt im Wesen des Menschen begründet, Verletzungen der eigenen Persönlichkeit hoch zu bewerten. Die Ursache hierfür ist weniger in der menschlichen Begehrlichkeit zu suchen, sondern darin, daß nur der Betroffene selbst ermessen kann, wie hoch die erduldeten Schmerzen und Leiden für ihn zu bewerten sind. Wenn uns manche Schmerzensgeldforderungen zu hoch erscheinen, liegt das gewiß zu einem großen Teil daran, daß es uns nur unvollkommen möglich ist, die Empfindungen anderer Menschen nachzufühlen.

Eigennutz und Begehrlichkeit erhalten durch die Möglichkeit, ein Schmerzensgeld zu beanspruchen, nur da einen besonderen Anreiz, wo ohnedies schon eine eigensüchtige Anlage besteht. Das Recht aber kann sich nicht nur nach den weniger wertvollen Menschen richten und deshalb Einrichtungen ablehnen, die vielleicht in unlauterer Weise ausgenutzt werden könnten. Die menschliche Begehrlichkeit erhält im übrigen hier nicht mehr Nahrung, als auch bei jeder anderen Schadensersatzforderung. Auch bei Sach- oder sonstigen Vermögensbeschädigungen werden bekanntlich oft übersetzte Forderungen erhoben.

g) Ein Hindernis für die erweiterte Gewährung von Schmerzensgeld kann auch nicht darin erblickt werden, daß die Parteien mangels genauerer Anhaltspunkte für die Bemessung des Schadens schwerer zu einer Verständigung gelangen können und daher zur Klagerhebung gezwungen werden[105]). Auch dies ist ebenso häufig bei Schadensstreitigkeiten der Fall, bei denen sich eine eingetretene Vermögensminderung genau feststellen läßt. Wer sich nicht

[103]) RG in JW 1908, S. 531.
[104]) Prot. II 620.
[105]) Swoboda S. 987.

schuldig fühlt oder die angerichteten Schäden nicht wieder gutmachen will, wird auch dann die Höhe der Schadensrechnung bestreiten, selbst wenn sie noch so genau berechnet ist. Die Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten erscheint im übrigen nur da als erstrebenswertes Ziel, wo es sich um weniger wichtige Dinge handelt oder wo aus Zanksucht und Rechthaberei gestritten wird. Bei den Verletzungen der Gesundheit und Freiheit oder der Geschlechtsehre handelt es sich aber um wichtige und hohe menschliche Güter, bei denen die Entscheidung von Streitigkeiten durch die Gerichte in weit höherem Maße dem wirklichen Recht zum Siege verhelfen kann als Vergleiche zwischen den Parteien, die geeignet sind, das Recht zu verwässern.

Noch weniger kann die Schwierigkeit für den Richter, im Einzelfalle eine billige Entschädigung in Geld festzusetzen, einen Beweisgrund gegen die Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens bilden. Dennoch wird dieser Umstand neuerdings von Schröder gegen die Geldentschädigung im Falle des § 1300 ins Feld geführt[106]). Er führt aus, daß die von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Grundsätze für die Bemessung der Geldentschädigung im einzelnen Fall dem Richter kaum einen Anhalt gäben, welchen Betrag er festsetzen solle. Es bestände die Gefahr, daß die Bemessung mehr oder weniger willkürlich erfolge. Dem ist entgegen zu halten, daß dann in allen den zahlreichen Fällen, in denen der Richter bei der Rechtsanwendung nicht nur in der Rolle eines „Automaten“[107]) tätig wird, die Entscheidung mehr oder weniger willkürlich erfolge. Es bedarf wohl keiner weiteren Begründung, daß die Entscheidung, durch die eine Vertragsstrafe ermäßigt wird (§ 343 BGB) oder eine vertragliche Gegenleistung nach billigem Ermessen festgesetzt wird (§ 319 BGB) oder die auf einer Auslegung des Vertrages oder des Gesetzes (§§ 157, 242 BGB) beruht, nicht auf eine Willkür des Richters zurückgeht. Durch die Abwägung der Belange der beiden Parteien und der Allgemeinheit wird der Richter regelmäßig zu einem brauchbaren Ergebnis gelangen, das ebenso wenig einer bloßen Willkür entspringt, wie die Urteile des Strafrichters, bei denen innerhalb eines weiten Rahmens nach billigem Ermessen Freiheits- und Geldstrafen festzusetzen sind.

h) Obwohl seit dem Inkrafttreten des BGB die Erkenntnis gewachsen ist, daß die Versagung von Geldentschädigung bei Ver-

[106]) Schröder S. 482.
[107]) vgl. Heinrich Lehmann S. 49.

tragshaftung unbillig ist, haben auch die Schriftsteller, die eine Erweiterung der Haftung befürworteten, überwiegend hierzu eine Änderung des Gesetzes für nötig gehalten[108]). Nur Leonhard vertritt die Ansicht, daß auch schon für das geltende Recht Schmerzensgeld bei Vertragshaftung zu gewähren ist[109]). Demgegenüber wirkt es befremdlich, wenn in dem fortschrittlichen Buche von Baur ausgeführt wird, daß die Ausdehnung des § 847 auf grobe Vertragsverletzungen ausgeschlossen sei, wenn auch dieses Ergebnis besonders bei schweren Verstößen gegen vertragliche Verpflichtungen sinnwidrig erscheinen möge[110]). Dem muß entgegen gehalten werden, daß die Rechtsanwendung niemals zu sinnwidrigen Ergebnissen führen darf. Als Grund für dieses starre Festhalten an überholten Anschauungen wird ins Feld geführt, daß der § 253 BGB in seinem Vorstellungskerne jede Geldvergütung für Nichtvermögensschaden ausschließe[111]). Aus der Durchbrechung dieses Grundsatzes im Falle der Unrechtshaftung könnten keine Folgerungen gezogen werden, da nach einem alten Lehrsatz die Ausdehnung von Ausnahmebestimmungen auf ähnliche Fälle nicht möglich sei. Der Satz, daß Ausnahmebestimmungen eng auszulegen seien, läßt sich bis ins römische Recht zurückverfolgen: quod contra rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentia[112]). Aber man darf hierbei nicht übersehen, daß schon die römischen Rechtslehrer und Richter diesen Satz dann nicht anwandten, wenn die eadem ratio einer Ausnahmevorschrift auch ähnliche Fälle erfaßt. Im römischen Recht wurden daher Ausnahmevorschriften und durch ausdehnende Auslegung gewonnene Rechtssätze wiederum auf rechtsähnliche Fälle ausgedehnt, so z. B. das senatus consultum Velleianum in weitem Umfange[113]). Im heutigen Recht gilt dieser eigentlich selbstverständliche Satz auch noch. Das ist von Reichel treffend ausgeführt worden: „Höchst laienhaft ist die Lehre, nur Regel-, nicht Ausnahmegesetze seien analoger Erstreckung fähig; wobei in grob äußerlicher Weise auf eine logische Kategorie statt auf eine ethische Bewertung abgestellt wird. Die lex singularis hat mit der lex specialis nichts zu tun. Eine singuläre Norm kann Regel- oder Ausnahmenorm, eine Spe-

[108]) Kohler Lehrb. S. 144; Hedemann S. 435; Heck S. 57; Baur S. 21; Josef, Recht 1913, Sp. 658; Ebbecke Anm. 121.
[109]) Leonhard II S. 636.
[110]) Baur S. 21.
[111]) Heck S. 184.
[112]) D. 50. 17. 141 pr; für das heutige Recht vgl. RG 96, 309.
[113]) D. 16, 1.

zialnorm kann singulär oder nicht singulär sein. Viele Ausnahmenormen verdanken ihre Erlassung gerade der Erwägung, daß die Regelnorm singulär ist (sog. Unterhöhlung)."[114]) Die erweiterte Anwendung einer Ausnahmebestimmung (lex singularis) auf vom Gesetz nicht erfaßte Fälle würde nur dann nicht möglich sein, wenn das Gesetz die enge Fassung absichtlich gewählt hat, um die nichterwähnten Fälle von einer entsprechenden Behandlung auszuschließen.

Im Falle des § 847 BGB liegt es so, daß er eine Ausnahmebestimmung für die Wiedergutmachung eines Nichtvermögensschadens bei Verletzungen der Person darstellt. Auch bei Personenverletzungen gilt der Grundsatz, daß der Schadensausgleich durch Wiederherstellung des Zustandes zu erfolgen hat, der bestehen würde, wenn der zum Ersatz verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, und zwar gilt dies für den Vermögensschaden wie auch für den Nichtvermögensschaden (§ 249 Satz 1 BGB). Jedoch kann bei Personenverletzungen ausnahmsweise für den Vermögensschaden auch Geldersatz beansprucht werden (§ 249 Satz 2 BGB). Diese Ausnahme gilt jedoch infolge der Bestimmung des § 253 BGB nicht für den Nichtvermögensschaden; danach kann der Nichtvermögensschaden nur in den ausdrücklich vom Gesetz bestimmten Fällen in Geld wieder gutgemacht werden. Die Vorschrift des § 847 ist daher eigentlich eine Ausnahme von der Regel des § 249 Satz 1 BGB. Die Vergleichung mit einer anderen Ausnahme von dieser Vorschrift, nämlich der Zulässigkeit von Geldersatz für den Vermögensschaden bei Verletzung der Person zeigt, daß der Gesetzgeber die Anwendung der Geldentschädigung bei Verletzungen der Person für zweckmäßig hielt, weil die Wiederherstellung meist nicht möglich ist. Gleiches trifft auch für den Nichtvermögensschaden zu. Dieser ist nur in den seltensten Fällen durch Wiederherstellung des früheren Zustandes zu beseitigen. Es läßt sich daher nicht mit dem Hinweis auf die vom Gesetz immer zugelassene Wiederherstellung das Bedürfnis nach einer Geldentschädigung verneinen.

Auch sonst steht der Wortlaut des § 253 BGB einer Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden bei vertraglichen Körperverletzungen nicht entgegen. Bei einer Erstreckung des § 847 auf die Vertragshaftung würde es sich auch nur um die vom Gesetz bestimmten Fälle der Körperverletzung, Freiheitsberaubung

---

[114]) Reichel S. 148 Anm. 6.

und Verletzung der Geschlechtsehre handeln, in denen ausnahmsweise gemäß § 253 Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden gewährt würde. Die Gesetzesverfasser bezeichnen den § 253 als einen strengen Grundsatz unseres Gesetzbuches, von dem sie jedoch im Falle der Körperverletzung eine Ausnahme als notwendig bejahten [115]). Dieser strenge Grundsatz des § 253 würde durch die Anwendung des § 847 BGB im Vertragsrecht nicht durchbrochen, sondern nur auf die vom Gesetz selbst anerkannten Fälle angewandt. Allerdings ohne die innerlich nicht begründete Unterscheidung zwischen Vertrags- und Unrechtshaftung. Es besteht daher kein ernsthaftes Hindernis, zu den in § 253 vorgesehenen Ausnahmefällen auch die Fälle zählen, bei denen sich erst durch zweckgetreue Ausdehnung des Gesetzes gezeigt hat, daß sie den ausdrücklich genannten Fällen gleichstehen. Die Ansicht von Lang, daß in § 253 unter den vom Gesetz vorgesehenen Fällen eine ausdrückliche Erwähnung im Sinne von „gesetzlich" wie in § 2 StGB (alter Fassung) erforderlich sei, ist bei der klaren Bestimmung des § 2 EGBGB nicht zu billigen [116]). Diese Ansicht würde auch im heutigen Strafrecht keine Stütze mehr finden. Auch ein gewohnheitsrechtlicher Satz, z. B. bei allen Ehrverletzungen Schmerzensgeld zu gewähren, müßte als Ausnahme anerkannt werden, da auch ein Gewohnheitsrecht Gesetz ist.

3. a) Die Prüfung der Lebensbedürfnisse und des Gesetzeszwecks lassen es nach dem bisherigen Ergebnis unserer Untersuchung hinreichend begründet erscheinen, unter den im Gesetz genannten Ausnahmefällen die Lebenstatbestände eine Körper- oder Gesundheitsschädigung, Freiheitsberaubung oder Verletzung der Geschlechtsehre als solche zu verstehen. Dadurch wird dem § 253 nichts von seiner Bedeutung genommen. Der Grundsatz, daß für bloßen Ärger, Aufregungen oder Zerstörung von Liebhaberwerten keine Geldentschädigung verlangt werden kann, bleibt bestehen. Allerdings läßt sich diese Meinung nur aus dem Gesetz ableiten. Die Verfasser des Gesetzbuchs waren vielleicht anderer Ansicht. In den Motiven heißt es, daß bei Verletzungen von Vertragspflichten die Belange des Gläubigers im wesentlichen durch Ausbedingung einer Vertragsstrafe gesichert werden könnten. Jedoch bei deliktischer Zufügung eines anderen als eines Vermögensschadens müßten auch die sog. idealen Rechte gegen Verletzung geschützt

[115]) Mot. II 22.
[116]) Lang Anm. 1.

werden[117]). Hier ist zwar ausdrücklich gesagt, daß nur für das Gebiet der unerlaubten Handlungen eine Ausnahme von § 253 gemacht werden soll. Aber es ist nicht ersichtlich, ob man daran gedacht hatte, daß aus Vertragsverletzungen auch Körperschäden entstehen können und möglicherweise eine gleichzeitige Haftung aus unerlaubter Handlung nicht eintritt. Alle Anzeichen deuten daraufhin, daß diese Möglichkeit nicht ins Auge gefaßt wurde. Die vorzugsweise Behandlung des Güteraustausches im Vertragsrecht und die fast ausschließliche Ausgestaltung der Haftung für Personenschäden im Recht der unerlaubten Handlungen, sowie die Übergehung der Vertragsverletzungen, die nicht zur Unmöglichkeit oder Verzögerung der Leistung führen (positive Vertragsverletzungen), als welche sich vertragliche Körperverletzungen meistens darstellen, sprechen dafür, daß es sich um eine unabsichtliche Lücke unseres Gesetzbuchs handelt. Die gleichen Gründe, die nach Ansicht der Gesetzesverfasser für die ausnahmsweise Gewährung von Schmerzensgeld bei Unrechtshaftung sprechen, lassen aber gerade auch die Anerkennung eines Schmerzensgeldes bei Vertragshaftung gerechtfertigt erscheinen. Wenn in den Motiven[118]) ausgeführt wird, bei Verletzungen des Körpers könne der Schutz der nichtvermögensrechtlichen Güter nicht ausschließlich in das Strafrecht verlegt werden, so läßt sich in Weiterbildung dieses Gedankens sagen, daß der Schutz dieser Güter nicht ausschließlich der Unrechtshaftung vorbehalten sein darf. Ein weiterer Grund für die Aufnahme des § 847 in das BGB war der, daß der Zivilrichter die gleichen Befugnisse wie der Strafrichter erhalten sollte, der ja in bestimmten Fällen eine Geldbuße als Entschädigung zusprechen kann. Hierdurch sollte der erforderliche Einklang in der Gesetzgebung gewonnen und einem fühlbaren Bedürfnis genügt werden. Folglich muß aber erst recht dem Richter, der über eine Körperverletzung, die auf einen Vertragsbruch zurückgeht, entscheiden soll, dieselbe Befugnis gegeben werden, wie dem Richter, der zur Entscheidung über eine Körperverletzung auf Grund der §§ 823 ff. angerufen wird. Wenn ein Einklang in der Gesetzgebung erreicht werden soll, muß doch erst recht der Einklang innerhalb desselben Gesetzes erstrebt werden, sonst könnte z. B. der Fall eintreten, daß ein Geschädigter, der im Strafverfahren eine Buße nicht beantragt hat, um den Nichtvermögensschaden im Zivilverfahren geltend zu machen, die Voraussetzungen der Unrechtshaftung nicht zu be-

[117]) Mot. II 22.
[118]) a. a. O.

weisen vermag und daher trotz Bejahung der Vertragshaftung hinsichtlich des Nichtvermögensschadens leer ausginge.

b) Eine andere Auslegung des § 253 BGB würde zu äußerst unbilligen Ergebnissen führen. Für jede leichte außervertragliche Körperverletzung könnte Schmerzensgeld verlangt werden, während dies bei Vertragsbrüchen, welche schwere Körperverletzungen zur Folge haben, nicht möglich wäre. Der Ausweg, den die Verfasser des BGB hier empfehlen, mit dem Schädiger vorher eine Vertragsstrafe für den Fall einer nicht das Vermögen betreffenden Schädigung zu vereinbaren, ist ohne wirklichen Wert. Die Empfehlung einer Vertragsstrafe zeigt wiederum, daß die Verfasser des BGB an nur vertragliche Körperverletzungen nicht gedacht haben oder einem Denkfehler zum Opfer gefallen sind. Denn bei Abschluß eines Vertrages wird doch — abgesehen von der Übernahme etwa von gefahrbringenden Arbeiten — niemand damit rechnen, daß ihn der andere Teil körperlich verletzen wird. Von seinem Vertragsgenossen erwartet man regelmäßig keine körperlichen Beschädigungen, sonst würde man nicht mit diesem den Vertrag schließen, sondern einen anderen wählen. Dazu kommt noch die Schwierigkeit, daß es dem wirtschaftlich schwächeren Teil häufig unmöglich sein wird, eine solche ihm günstige Vertragsbedingung durchzusetzen. Der dürftige Rechtsschutz, den hier die Ausbedingung einer Vertragsstrafe bieten kann, erscheint uns heute jedenfalls ganz unzureichend. Andererseits ist die Ausgestaltung des Schadensersatzrechts ein Eckpfeiler unseres Rechts überhaupt. Ohne einen rechtlich gesicherten und gerechten Ausgleich auch für Nichtvermögensschäden, die uns andere zugefügt haben, würden gewiß Zweifel an der Gerechtigkeit unserer Rechtspflege auftauchen können. Mit Recht hat Lange darauf hingewiesen, daß das Einstehen für fremden Schaden die Schicksalsfrage jedes Rechtes ist[119]).

c) Die Abwägung der widerstreitenden Belange des Schädigers und des Verletzten führt gleichfalls dazu, ein Schmerzensgeld bei bloßer Vertragshaftung anzuerkennen. Auf seiten des Verletzers fällt höchstens ins Gewicht, daß er außer dem Vermögensschaden noch ein Schmerzensgeld zu ersetzen hat. Eine ungerechtfertigte Übervorteilung des Schuldners liegt darin nicht, sofern das Schmerzensgeld als Entschädigung für wirkliche Beeinträchtigungen der Persönlichkeit aufge-

[119]) Lange S. 80.

faßt wird und sich seine Bemessung danach richtet. Würde es eine Strafe sein, die sich nicht mehr an wirklich vorhandene Schäden zu halten braucht, bestände allerdings die Gefahr, daß der Geschädigte auf Kosten des Ersatzpflichtigen eine ungerechtfertigte Bereicherung erhielte[120]). Ferner besteht kein Anlaß, die Verpflichtungen des Schädigers bei Bestehen vertraglicher Beziehungen zu ermäßigen. Diesen Standpunkt billigt selbst die gegnerische Lehre, wenn sie in der Frage des Zusammentreffens von Vertrags- und Unrechtshaftung ausführt, daß das Bestehen vertraglicher Beziehungen die Körperverletzung des anderen Vertragsteils nicht in milderem Lichte erscheinen lasse[121]).

d) Von nicht geringer Bedeutung für die Anwendung des § 847 im Vertragsrecht ist die Tatsache, daß auch schon in anderer Hinsicht eine Anlehnung der Vertragshaftung an die Unrechtshaftung vorgenommen wurde. Zunächst hat das Gesetz selbst in § 276 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Vorschriften der §§ 827, 828 verwiesen. Darin zeigt sich bereits eine gewisse Verwandtschaft zwischen den vertraglich unerlaubten und den allgemein unerlaubten Handlungen. Eine solche Verweisung wurde hinsichtlich des § 829, der für das Gebiet der Unrechtshandlungen eine Billigkeitshaftung unzurechnungsfähiger Personen anordnet, nicht vorgenommen. Und dennoch wird seine Anwendung auf das Gebiet der Vertragshaftung von der überwiegenden Meinung im Schrifttum gebilligt[122]).

Im Falle des § 842, der bestimmt, daß sich die zu ersetzenden Nachteile bei einer Körperverletzung auch auf die Schäden hinsichtlich des Erwerbs und Fortkommens des Verletzten erstrecken, ist das Bedürfnis nach einer entsprechenden Anwendung im Vertragsrecht noch nicht so stark hervorgetreten, weil der Ersatz dieser Schäden ja auch durch § 252 BGB (entgangener Gewinn) gesichert ist. Dennoch wird die Anwendbarkeit des § 842 im Vertragsrecht in dem Kommentar der Reichsgerichtsräte für zulässig erachtet[123]). Auch die Bestimmung des § 843 über die Entrichtung einer Geldrente ist auf Vertragsverletzungen entsprechend anwendbar. Hier ist die Rechtslehre und Rechtsprechung sogar schon einen Schritt weitergegangen als in den Fällen der §§ 847 und 842, in-

---

[120]) Lange S. 64.
[121]) RG 88, 433.
[122]) Heck S. 79; Leonhard I S. 182; Träger S. 342 ff.; Krückmann S. 199, 203.
[123]) RGK Bem. 1 zu § 842 a. A. Staudinger Bem. 1 zu § 842.

dem sie sich eindeutig für die Anwendbarkeit dieser Vorschrift bei Vertragsverletzungen ausgesprochen hat[124]).

Bei den §§ 844—46 BGB, die im Falle der Tötung und Körperverletzung den Verletzer unter bestimmten Voraussetzungen verpflichten, Dritten Ersatz zu leisten, ist das Bedürfnis nach entsprechender Anwendung im Vertragsrecht deshalb noch nicht so fühlbar geworden, weil Tötung und schwere Verletzungen, die den Verletzten hindern, seiner Dienstleistungspflicht nachzukommen, an sich schon selten sind. Durch den weiteren Umstand, daß eine Anwendung dieser Bestimmungen im Vertragsrecht nur dann in Erscheinung tritt, wenn die Haftung aus unerlaubter Handlung entfällt, erklärt es sich, daß derartige Fälle noch nicht bekannt geworden sind. Dazu kommt noch, daß gerade bei Bestehen von vertraglichen Beziehungen sich unter Umständen schon aus dem Vertrage eine Ersatzpflicht gegenüber den Angehörigen des Verletzten oder Getöteten ergeben kann, nämlich bei gleichzeitigem Abschluß von Verträgen zu Rechten dieser dritten Personen, wie es z. B. bei Mietverträgen und Beförderungsverträgen häufig vorkommt. In einem derartigen Falle hat das Reichsgericht einen Vermieter zum Ersatz der dem Mieter entgangenen Dienste seiner Ehefrau verurteilt, weil die Ehefrau infolge gesundheitswidriger Beschaffenheit der vermieteten Wohnung schwer erkrankt war[125]).

4. a) Zur Anwendung des in § 847 BGB enthaltenen Gedankens im Gebiet des Vertragsrechts bedarf es nicht erst der Ableitung eines neuen Rechtssatzes. Der Lebenstatbestand einer Körperverletzung, Gesundheitsschädigung, Freiheitsentziehung oder Verletzung der Geschlechtsehre, für die vertraglich gehaftet wird, läßt sich ohne Schwierigkeiten dem Wortlaut des § 847 unterordnen. Dieser Geldentschädigungsanspruch entsteht bei allen vertraglich wiedergutzumachenden Nichtvermögensschäden, die infolge der in § 847 genannten Verletzungen eintreten. Sein Zweck ist ebenso wie der des Unrechtsanspruchs, dem Schadensausgleich zu dienen. Im übrigen gilt für ihn das Gleiche, was im zweiten Abschnitt der Arbeit über Wesen und Bedeutung des Schmerzensgeldanspruches bei Unrechtshaftung ausgeführt wurde. Die Anwendung des vertraglichen Schmerzensgeldanspruches ist bei allen Vertragsverhältnissen möglich und geboten. Jedoch bedarf dies in einigen Fällen noch näherer Erläuterung.

[124]) Stoll § 50 III 2; RG 68, 431.
[125]) RG 77, 99.

b) Beim Dienstvertrag ist früher die Gewährung von Schmerzensgeld selbst dann abgelehnt worden, wenn gleichzeitig eine unerlaubte Handlung vorlag, weil nach § 618 Abs. 3 BGB der Dienstherr für Verletzungen des Beschädigten infolge ungenügender Fürsorge nur nach den §§ 842—46 BGB haftet. Weil § 847 nicht miterwähnt ist, wurde daraus seine Unanwendbarkeit gefolgert. In dieser Auffassung ist jedoch eine Wandlung eingetreten. Sofern außer der Verletzung der Fürsorgepflichten auch eine solche der allgemeinen Rechtspflichten gemäß §§ 823 ff. BGB vorliegt, wird heute von der herrschenden Meinung im Schrifttum und in der Rechtsprechung auch die Anwendung des § 847 zugelassen [126]). Dies erscheint auch sachlich berechtigt, weil es nicht zu billigen wäre, bei den durch die Berufsarbeit zugezogenen Verletzungen und Leiden ein Schmerzensgeld zu versagen. Auch wenn nicht gleichzeitig eine Unrechtshandlung vorliegt, kann aber nichts anderes gelten, weil ja der Lebenstatbestand der Körperverletzung derselbe bleibt.

In der Nichterwähnung des § 847 in § 618 Abs. 3 ist eine Gesetzeslücke zu sehen, von der sich nicht sagen läßt, ob es sich um eine absichtliche oder um eine unabsichtliche Lücke handelt. In den Protokollen findet sich über die Entstehung dieser Vorschrift nur die folgende Bemerkung: „Gegen den Satz ..., welcher den Arbeitgeber im Fall schuldhafter Verletzung der ihm obliegenden Vertragsverpflichtungen nach den für die Haftung aus unerlaubten Handlungen geltenden Grundsätzen verantwortlich macht, erhob sich kein Widerspruch." [127]) Aus diesem Satz läßt sich nicht viel über die gesetzgeberischen Grundgedanken des § 618 III BGB entnehmen. Jedenfalls folgt aus seiner Entstehungsgeschichte nichts, woraus die Unanwendbarkeit des § 847 zu schließen wäre. Zutreffend hat Josef schon hervorgehoben, die Nichterwähnung des § 847 in § 618 Abs. 3 sei dadurch zu erklären, daß der Gesetzgeber jede Körperverletzung auch für eine Unrechtshandlung gehalten habe oder versehentlich die Erwähnung unterlassen habe. Es sei auch belanglos, wenn durch Gewährung von Schmerzensgeld im Vertragsrecht der Absatz 3 des § 618 überflüssig werde, denn auch der erste und zweite Absatz dieser Bestimmung seien überflüssig. Beständen diese Vorschriften nicht, so würden sich die in Absatz 1 und 2 erwähnten Fürsorgepflichten ohnedies aus der Vertrags-

---

[126]) Staudinger Bem. III 2 h zu § 618; RGK Bem. 7 und 9 und RG JW 1934, 3268.

[127]) Prot. II 924.

auslegung gemäß § 242 BGB ergeben[128]). Diese Ansicht erscheint richtig, weil die Versagung eines Schmerzensgeldes beim Dienstvertrage im Widerspruch zu der aus § 847 zu entnehmenden Grundauffassung unseres Gesetzes stehen würde, nach der in jedem Falle eines Körper- und Gesundheitsschadens ein Schmerzensgeld gewährt werden kann. Gerade im Gebiet des Dienstvertragsrechts, wo Gesundheitsschädigungen häufig sind, ist sehr oft eine Verantwortlichkeit des Dienstherrn aus unerlaubter Handlung nicht gegeben. Hier besteht daher ein besonderes Bedürfnis für die Anerkennung eines Schmerzensgeldes. Die Wirksamkeit des § 618 Abs. 3 würde, wie bei Planck zutreffend ausgeführt ist, durch die Versagung eines Schmerzensgeldes ganz erheblich eingeschränkt sein[129]). Die nicht das Vermögen berührenden Schädigungen sind gerade hier oft erheblicher als die äußerlich bestimmbaren Schäden. Wenn z. B. ein Unternehmer längere Zeit seinen Angestellten die erforderliche Erholungszeit nicht gewährt, fallen die dadurch bewirkten Körperschäden oft nur wenig ins Gewicht verglichen mit der Verbitterung darüber, von den Erholungspausen und den üblichen abendlichen Zerstreuungen ausgeschlossen zu sein. Auch unter der Herrschaft des Gesetzes zur Ordnung der nationalen Arbeit, welches dem Unternehmer besondere Fürsorgepflichten auferlegt, werden solche Fälle der Überanstrengung der Beschäftigten nicht ganz auszuschalten sein.

Der besondere Schutz, den die Gefolgschaftsmitglieder durch die Bestimmung des § 36 Ziffer 1 AOG, der als Schutzgesetz anerkannt ist[130]), gegenüber Pflichtverletzungen des Unternehmers, Betriebsführers und sonstiger Aufsichtspersonen genießen, bleibt ohne Wirkung, wenn sich die Verletzung des Schutzgesetzes (§ 823 Abs. 2) nicht beweisen läßt, oder verjährt ist oder der Unternehmer sich bei Pflichtverletzungen von Aufsichtspersonen gemäß § 831 BGB von der Haftung befreien kann. Dann muß der Verletzte nach der Auffassung, welche die Anwendbarkeit des § 847 bei Vertragshaftung verneint, hinsichtlich des Nichtvermögensschadens leer ausgehen. Gerade in diesen Fällen kann aber die Versagung von Schmerzensgeld besonders verbitternd wirken. Ferner kommt außer der Entschädigung für den Nichtvermögensschaden auch noch der Gesichtspunkt der Befriedung des Verhältnisses zwischen Unternehmer und Gefolgschaft in Betracht, der die Gewährung von

[128]) Josef, Recht 1913 Sp. 663.
[129]) Planck-Gunckel Bem. 4 b zu § 618.
[130]) Hueck-Nipperdey-Diez Bem. 53 zu § 36 AOG.

Schmerzensgeld in diesem Falle geboten erscheinen läßt. Erst kürzlich hat Oppermann von einem Fall berichtet, der durch das Arbeitsgericht Nürnberg entschieden wurde: Eine junge Angestellte, die wochenlang fast ohne Mittagspause von 8 Uhr vormittags bis 9 Uhr abends und darüber hinaus hatte arbeiten müssen, suchte aus Verzweiflung hierüber den Tod auf den Schienen[131]). Nicht alle Fälle der Ausnutzung von Beschäftigten werden einen solchen Ausgang nehmen, aber auch nicht alle Fälle stellen sich als eine schuldhafte Verletzung der in § 823 Abs. 1 genannten Rechtsgüter dar. Es hilft auch nicht viel, wenn man mit der herrschenden Meinung in § 618 BGB oder in § 36 Ziffer 1 AOG ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 erblickt, dessen Verletzung zur Zahlung eines Schmerzensgeldes verpflichtet[132]). Denn trotzdem gibt es auch Fälle der Haftung aus § 618 BGB und § 36 AOG, bei denen die Haftung aus unerlaubter Handlung ausgeschlossen oder beschränkt sein kann. Dies wird ferner immer bei Verjährung des Unrechtsanspruches der Fall sein.

c) Außer bei den im besonderen Teil des Schuldrechts behandelten Vertragsverhältnissen ist Schmerzensgeld auch bei den nur gesetzlichen Schuldverhältnissen, wie Geschäftsführung ohne Auftrag, Gemeinschaft und Einbringung bei Gastwirten zu gewähren. Eine Besonderheit bietet die Frage der Zufallshaftung. Außer dem schon besprochenen Fall des § 287 BGB kommen hier die Haftung des Vermieters für ursprünglich vorhandene Mängel (§ 538 BGB) und die Haftung des Gastwirts für Verlust und Beschädigung von Sachen (§ 701 BGB) in Betracht. Über die Zufallshaftung des Vermieters ist vor nicht langer Zeit eine Entscheidung des Kammergerichts ergangen, in der auch die Frage der Gewährung von Schmerzensgeld behandelt wird[133]). Das Kammergericht ist zu dem Ergebnis gekommen, daß der Vermieter in diesem Falle auch ohne Schuld gemäß §§ 537, 538 haften müsse. Es führt aus, der Anspruch des Mieters auf Ersatz des vom Vermieter verursachten Schadens finde seine Stütze in dem zwischen den Parteien bestehenden Mietverhältnis. Nachdem hierfür die Begründung gegeben ist und die Frage des Schmerzensgeldes zur Erörterung gelangt, sieht sich das Kammergericht nun doch noch genötigt, ein außervertragliches Verschulden des Vermieters fest-

---

[131]) Oppermann JW 1936 S. 1930.

[132]) Oertmann Bem. 5 a zu § 618 und die dort angeführten Nachweise; Oppermann a. a. O. S. 1931.

[133]) JW 1936, 1997.

zustellen, um den herrschenden Anschauungen über die Bestimmung des § 847 gerecht werden zu können. Es kommt dann auch zu dem Ergebnis, daß ein außervertragliches Verschulden des Vermieters zu bejahen ist und er ein Schmerzensgeld zahlen müsse. Dieser Umweg mutet gezwungen an, da man zuvor festgestellt hatte, daß der Vertrag die Grundlage für den Ersatzanspruch sei. Es ist nicht einzusehen, warum nicht auf Grund des Vertragsverhältnisses für den gesamten Schaden einschließlich des Nichtvermögensschadens die Haftung anerkannt wurde. Da infolge des klaren Wortlauts der §§ 253, 847 BGB eine Geldvergütung nur bei wirklichen Schäden in Frage kommt, kann es für die grundsätzliche Frage der Zulässigkeit von Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden keinen Unterschied machen, ob der Schädiger mit oder ohne Verschulden haften muß. Daher müßte außer dem Vermieter auch der Gastwirt, der ohne Schuld für den Verlust eines Koffers einstehen muß, dem geschädigten Gast im Falle einer körperlichen Verletzung auch den Nichtvermögensschaden ersetzen. Ein solcher Fall könnte z. B. eintreten, wenn der Gast in dem verlorenen Koffer ein Arzneimittel gegen schmerzhafte Anfälle aufbewahrt. Allerdings ist gerade bei schuldloser Haftung für Nichtvermögensschaden zu prüfen, ob die Berücksichtigung dieser Schäden und die Aufbürdung der Geldersatzpflicht für den Gastwirt oder Vermieter mit den Belangen beider Parteien und auch denen der Allgemeinheit zu vereinbaren ist. Denn § 847 stellt die Gewährung von Geldentschädigung auf die „Billigkeit" ab. Immerhin muß auch bei schuldloser Haftung die Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens zugelassen werden, wenn der Verletzte besonders hart betroffen wird. Daß der Nichtvermögensschaden bei schuldloser Haftung nicht unberücksichtigt bleiben kann, ist auch der Standpunkt des BGB, das auch den Tierhalter (§ 833) auf Ersatz des Nichtvermögensschadens haften läßt.

d) Da nur solche nicht das Vermögen berührende Beeinträchtigungen wieder gut zu machen sind, die wirkliche Schäden sind, rechtfertigt es sich nicht, die Anwendung des § 847 im Vertragsrecht auf schwere Vertragsbrüche zu beschränken[134]). Einen solchen Unterschied in der Wiedergutmachung von Schäden kennt unser Gesetzbuch nicht. Andererseits ist er gerade bei der Wiedergutmachung des Nichtvermögensschadens entbehrlich, weil in § 847 dem Richter genügend Spielraum gelassen ist, um bei Festsetzung des Schmerzensgeldes unbillige Härten auch für den

[134]) Vgl. Baur S. 21: „Grobe Vertragsverletzungen".

Schuldner zu vermeiden. Eine solche Unterscheidung würde ferner nicht gerechtfertigt sein, weil auch bei leichtem Verschulden der eingetretene Schaden beträchtlich sein kann. Als oberster Leitsatz muß bestehen bleiben, daß jeder Schaden so vollkommen wie möglich wieder gutzumachen ist. Dies gilt insbesondere für den Nichtvermögensschaden, da sich z. B. die Verbitterung des Verletzten weniger nach der Schwere der Schuld des Schädigers richtet, als danach, wie stark seine Schmerzen sind oder wie stark er eine Kränkung empfindet. Erst bei der Bemessung des Nichtvermögensschadens kann die Schwere des Verschuldens berücksichtigt werden. Daß dabei der Anspruch des Verletzten wegen geringer Schuld des Verletzers ganz entfällt, kann wohl möglich sein, wenn z. B. auch die Schmerzen nur ganz gering gewesen sind.

e) Wenn nach alledem die entsprechende Anwendung des § 847 BGB auch bei Vertragsverletzungen anzuerkennen ist, fragt es sich, wie dieser vertragliche Anspruch auf Geldentschädigung für Nichtvermögensschaden seinem rechtlichen Gehalt nach zu behandeln ist.

Er würde seinem Wesen nach ein personenrechtlicher Anspruch und entsprechend dem § 847 nicht übertragbar und nicht vererblich sein, es sei denn, daß er durch Vertrag anerkannt oder rechtshängig geworden ist. Das bedeutet, daß an dem Anspruch kein Pfandrecht oder Nießbrauch bestellt werden kann (§ 1274 Abs. 2, § 1069 Abs. 2 BGB); er kann nicht gepfändet werden (§ 851 ZPO); gegen ihn kann nicht aufgerechnet werden (§ 394 S. 1 BGB); er gehört nicht zur Erbschaft oder Konkursmasse (§ 1 Abs. 1 KO). Wenn aber der Anspruch durch Vertrag gemäß § 781 BGB anerkannt ist oder der Verletzte den Rechtsweg beschritten hat, wird aus dem personenrechtlichen Anspruch ein vermögensrechtlicher, an dem ein Nießbrauch und ein Pfandrecht bestellt werden kann, der gepfändet und gegen den aufgerechnet werden kann. Nunmehr gehört der Anspruch auch zur Konkursmasse und zur Erbschaft. Wenn der vertragliche Anspruch auf Geldentschädigung für Nichtvermögensschäden auf diese Weise zum vermögensrechtlichen geworden ist, würden sich im Falle des § 393 BGB Verschiedenheiten in seiner Behandlung gegenüber dem Anspruch aus unerlaubter Handlung ergeben, die nicht gerechtfertigt erscheinen.

Wenn nämlich der Verletzer im Falle einer außervertraglichen Körperverletzung die Handlung vorsätzlich begangen hat, ist auch der Anspruch des Verletzten auf Schmerzensgeld eine Forderung

aus einer vorsätzlich begangenen unerlaubten Handlung, gegen die gemäß § 393 BGB die Aufrechnung nicht zulässig ist. Für einen vertraglichen Schmerzensgeldanspruch wegen einer vorsätzlichen Körperverletzung, der zum vermögensrechtlichen Anspruch geworden ist, würde aber diese Beschränkung nicht bestehen. Gegen ihn könnte daher aufgerechnet werden. Auch gegen den Vertragsanspruch auf Ersatz des Vermögensschadens aus einer vorsätzlichen Körperverletzung wäre nach dem Wortlaut des § 393 die Aufrechnung nicht untersagt. Wegen des engen Lebenszusammenhanges zwischen dem Anspruch auf Ersatz des Vermögensschadens und des nichtvermögensrechtlichen Schadens aus der gleichen Handlung kann nicht für beide eine verschiedene Lösung gefunden werden. Die Frage ist daher so zu stellen, ob überhaupt gegen Ansprüche aus vorsätzlich begangenen Körperverletzungen, Gesundheitsschädigungen, Freiheitsberaubungen und Verletzungen der Geschlechtsehre die Aufrechnung zulässig sein soll. Die allgemeine Auffassung in Wissenschaft und Rechtsprechung schützt Ersatzansprüche aus vorsätzlichen Vertragsverletzungen nur dann gegen Aufrechnung, wenn die zum Ersatz verpflichtende Handlung zugleich den Tatbestand der §§ 823 oder 826 erfüllt [135]). Aber dieser Schutz ist doch ungenügend, wenn wir uns vor Augen halten, daß es vorsätzliche Körperverletzungen gibt, die nicht zugleich unerlaubte Handlungen sind. Ob eine Gleichbehandlung dieser Fälle mit den vorsätzlichen Unrechtshandlungen möglich ist, läßt sich nur aus dem Zweck des § 393 entnehmen. Dieser Zweck besteht darin, dem vorsätzlich behandelnden Schädiger, der wichtigste Lebensgüter (Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Geschlechtsehre) verletzt hat, nicht die Möglichkeit der angenehmen Tilgung seiner Schuld durch Aufrechnung zu geben. Andererseits soll der Verletzte in diesen Fällen immer seinen Anspruch einfordern dürfen, weil er nur so die Genugtuung hat, daß der Schädiger den Schaden auch wirklich wieder gutmachen muß. Diese Gesichtspunkte sprechen aber auch für ein Aufrechnungsverbot gegen Forderungen aus vorsätzlich begangenen vertraglichen Körper- und Gesundheitsbeschädigungen. Ein Umkehrschluß aus § 393 BGB, daß diese Ansprüche aus vorsätzlichen Verletzungen nicht geschützt werden sollten, ist nicht gerechtfertigt, weil das Schuldrecht des BGB derartige Verletzungen als vertragliche gar nicht ins Auge gefaßt hat. Folglich hat man sie auch nicht von der glei-

[135]) Enneccerus-Lehmann § 73; RG 56, 321.

chen Behandlung, wie sie für die Unrechtshandlungen gilt, ausschließen wollen. Die Anknüpfung der vertraglichen Haftung an die Unmöglichkeit und die Verzögerung der Leistung, bei denen Körperverletzungen nur als entferntere Folgen auftreten können, beweist dies.

Der vertragliche Anspruch aus vorsätzlich begangenen Körperverletzungen, Gesundheitsschäden, Freiheitsberaubungen und Verletzungen der Geschlechtsehre ist daher gleichfalls vor der Tilgung durch Aufrechnung zu schützen. Dies gilt auch für den vertraglichen Anspruch auf Schmerzensgeld, auch nachdem er seiner personenrechtlichen Art entkleidet und zum Vermögensanspruch geworden ist. Gegen diese Forderungen kann der Schuldner nicht ohne Zustimmung des Gläubigers aufrechnen.

f) Während für den Geldanspruch für Nichtvermögensschaden aus unerlaubter Handlung das Gericht, in dessen Bezirk die Handlung begangen wurde, zuständig ist (§ 32 ZPO), kommt für die örtliche Zuständigkeit des vertraglichen Anspruchs hauptsächlich der Gerichtsstand des Erfüllungsortes in Betracht (§ 29 ZPO). Für die sachliche Zuständigkeit im ersten Rechtszuge ist die Höhe des Streitwerts maßgebend (23 GVG). Allerdings ist in einem Falle ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwerts das Arbeitsgericht zuständig, nämlich dann, wenn auf Schmerzensgeld aus einem Arbeitsverhältnis geklagt wird (§ 2 AGG). Bei Miet- und Reisestreitigkeiten gilt für den Anspruch auf Schmerzensgeld jedoch nicht die ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts, weil in § 23 Z. 2 GVG ausdrücklich bestimmt ist, daß die ausschließliche Zuständigkeit des Amtsgerichts nur bei Streitigkeiten wegen Überlassung und Benutzung von Räumen oder wegen Zurückbehaltung von Sachen sowie wegen Verlust oder Beschädigung der beweglichen Habe gegeben ist.

Die Entstehung des nichtvermögensrechtlichen Schadens ist bei Vertragshaftung ebenso wie bei der Unrechtshaftung vom Kläger zu beweisen. Welche Vorteile die Vertragshaftung hinsichtlich der Beweismöglichkeit bietet, wurde oben schon näher ausgeführt. Zwar muß der Gläubiger außer der Vertragsverletzung die Höhe seines Schadens beweisen. Bei Geltendmachung des Nichtvermögensschadens wird ihm dies jedoch durch die Bestimmung des § 847 erleichtert, die es dem Richter überläßt, die Höhe der Geldentschädigung festzusetzen. Der Verletzte braucht nur die für die Bemessung maßgebenden Umstände darzulegen und gegebenenfalls zu beweisen. Der Beweis ist erbracht, wenn das Gericht die

Überzeugung gewinnt, daß ein Nichtvermögensschaden entstanden ist. Ein genau bestimmter Umfang der nicht das Vermögen betreffenden Beeinträchtigungen oder sogar eine genaue Bezifferung kann naturgemäß nicht nachgewiesen werden. Dies ist auch nicht erforderlich, da das Gericht auch den Umfang des Nichtvermögensschadens gemäß § 287 ZPO abschätzen darf.

Schrifttum.

Baur: Entwicklung und Reform des Schadensersatzrechts. 1935.
Bünger: Schadensersatz, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch. Bd. 6, S. 110—144, 1936.
Carl: Schmerzensgeld, Vermögensverhältnisse der Beteiligten und Haftpflichtversicherung. Zeitschr. der Akademie f. D. R., 4. Jahrgg., Heft 13, S. 402 f.
Cosack-Mitteis: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 8. Aufl. 1927.
Crome: Der Anspruch aus unerlaubter Handlung in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestand. DJZ S. 14 ff.
— System des deutschen bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1902.
Degenkolb: Der spezifische Inhalt des Schadensersatzes. Ziv.A. Bd. 76, S. 1 ff.
Dernburg: Die Schuldverhältnisse. 4. Aufl. 1. Bd. 1909, 2. Bd. 1915.
Ebbecke: Der Ersatz des Nichtvermögensschadens, 1933 (Diss.).
Endemann: Recht der Schuldverhältnisse. 9. Aufl. 1903.
Enneccerus-Lehmann: Recht der Schuldverhältnisse. 12. Bearbeitung, 1932.
H. A. Fischer: Der Schaden. Jena 1903.
— Die Rechtswidrigkeit. München 1911.
O. Chr. Fischer: Die Verletzung des Gläubigerrechts als unerlaubte Handlung. 1905.
Fromherz: Haftet der Arzt auf Schmerzensgeld? Ziv.A. Bd. 108, S. 435 ff.
O. v. Gierke: Der Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. 1889.
Handwörterbuch der Rechtswissenschaft, Herausgegeb. v. Stier-Somlo.
Heck: Grundriß des Schuldrechts. 1929.
Hedemann: Schuldrecht. 2. Aufl. 1931.
Hellwig: Anspruch und Klagrecht. 1900.
Hueck-Nipperdey-Dietz: Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit.
v. Jhering: Rechtsschutz gegen iniuriöse Rechtsverletzungen. Jher. Jahrbuch, Bd. 23, S. 155 ff.
— Der Kampf ums Recht, herausgegeben von Rudolf Huch. Phil. Reclam jun.
Josef: Das Schmerzensgeld des Dienstverpflichteten, „Das Recht" 1913. Sp. 658 ff.
Kohler: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 2. Bd. 1. Teil 1906.
— Die Ideale im Recht. Bürg.A. Bd. 5 S. 161 ff.
Kommentar von Reichsgerichtsräten. 7. Aufl. 1929.
Krückmann: Verschuldensabrechnung. Jher. Jahrb. Bd. 55, S. 1 ff.
Laband: Zum zweiten Buch des Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Ziv.A. Bd. 73, S. 161 ff.
Lang: Der Genugtuungsanspruch des BGB, Stuttgart 1909.
Lange: Vom alten zum neuen Schuldrecht. 1934.
Lehmann, Heinrich: Allg. Teil des BGB. 3. Aufl. 1928.
Lent: Die Gesetzeskonkurrenz. 1. Bd. 1912.
Leonhard: Das Schuldrecht des BGB. 2 Bde. 1928 und 1931.
v. Liszt: Die Deliktsobligationen. 1928.
Möller: Summen- und Einzelschaden, Hamburger Rechtsstudien, Heft 30, 1937.
Müllereisert: Die Ehre im Deutschen Privatrecht, 1931.
— Juristische Grundbegriffe, 1936.
Oertmann: Kommentar zum BGB 2. Buch, 5. Aufl. 1929.
Oppermann: Haftpflicht des Unternehmers für Gesundheitsschaden des Beschäftigten infolge von Überanstrengung. JW 1936, S. 1930 ff.
Oser-Schönenberger: Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch. 5. Bd. Zürich 1929.
Peterssen: Das Schmerzensgeld ein Entschädigungsanspruch. JW 1936, S. 2965 ff.

Plank's Kommentar zum BGB. 4. Aufl.
Prym: Die Konkurrenz des Anspruches aus dem Vertrage mit dem Anspruch aus unerlaubter Handlung. 1906.
Rechtsvergleichendes Handwörterbuch für das Zivil- und Handelsrecht des In- und Auslandes, herausgegeben von Schlegelberger. Bd. 1—6.
Reichel: Aufwertung auslandsrechtlicher Markforderungen, Schrift der Hanseat. Juristen z. XXIV D. Anwaltstag 1929.
Reinhardt: Das Persönlichkeitsrecht in der geltenden Rechtsordnung 1931.
Sauerbruch & Wenke: Wesen und Bedeutung des Schmerzes. Berlin 1936.
R. Schmidt: Die Gesetzeskonkurrenz. 1915.
Schneider: Schadensersatz und Genugtuung. „Deutsches Recht" 6. Jahrg. Heft 19/20, S. 422 ff.
Schollmeyer: Recht der Schuldverhältnisse. 1. Hälfte 1900.
— Recht der einzelnen Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1904.
Schröder: Eine Betrachtung zu § 1300 BGB. Der deutsche Justizbeamte 1936, S. 482 ff.
Schulz-Schäffer: Persönlichkeitsrecht und Rechtserneuerung, Beiträge zur Neugestaltung des Deutschen Rechts (Festgabe für Jung) Marburg 1937.
Seng: Zur Frage der Vergütung des nichtökonomischen Schadens aus Delikten. Bürg.A. Bd. 5 S. 336 ff.
Siber: Schuldrecht. 1931.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch. 4. Aufl. Stuttgart 1929.
v. Staudinger's Kommentar zum BGB. 9. Aufl. 1930.
Stuber: Schweizerisches Zivilgesetzbuch. 7. Aufl. 1936, Phil. Reclam jun.
Swoboda: Die Gestaltung des Schadensersatzrechts in der neuen Bearbeitung des Tschechoslowakischen Entwurfs. DJZ 1936, Sp. 983 ff.
Träger: Der Kausalbegriff. 2. Abdruck 1929.
v. Tuhr: Der allgemeine Teil. 3 Bde. 1910, 1914, 1918,
— Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. und 2. Hlbbd. Tübingen 1924.
Walter: Bestimmt die Vermögenslage des Schädigers die Höhe des Schmerzensgeldes? JW 1936, S. 238 ff.
Windscheid-Kipp: Lehrbuch des Pandektenrechts. 2. Bd. 9. Aufl. 1906.

Motive zu dem Entwurf eines BGB. Amt. Ausgabe 1888. (Mot.)
Protokolle der zweiten Kommission. Berlin 1898. (Prot.)
Iherings Jahrbücher. (Iher.J.)
Archiv für bürgerliches Recht. (Bürg.A.)
Archiv für die zivilistische Praxis. (Ziv.A.)
Seufferts Blätter für Rechtsanwendung. (Seuff.Bl.)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. (RG)
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (RGStr.)
Entscheidungen der Oberlandesgerichte. (OLG)
Warneyers Jahrbuch der Entscheidungen. (Warn.)
Seufferts Archiv. (Seuff.A.)
Der Deutsche Justizbeamte. (DDJ)
Deutsche Juristen Zeitung. (DJZ)
Juristische Wochenschrift. (JW)
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern. (BayZ)
Das „Recht".
Hanseatische Gerichtszeitung.
Verkehrsrechtliche Rundschau.
Grünhut, Zeitschrift für das private und öffentliche Recht.
Deutsches Recht, Zentralorgan des national-sozialistischen Rechtswahrerbundes.
Das Recht des Kraftfahrers.
Zeitschrift der Akademie für Deutsches Recht.